

الإشراف على نكت مسائل الخلاف

القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي
المتوفى سنة ٤٢٢ هـ

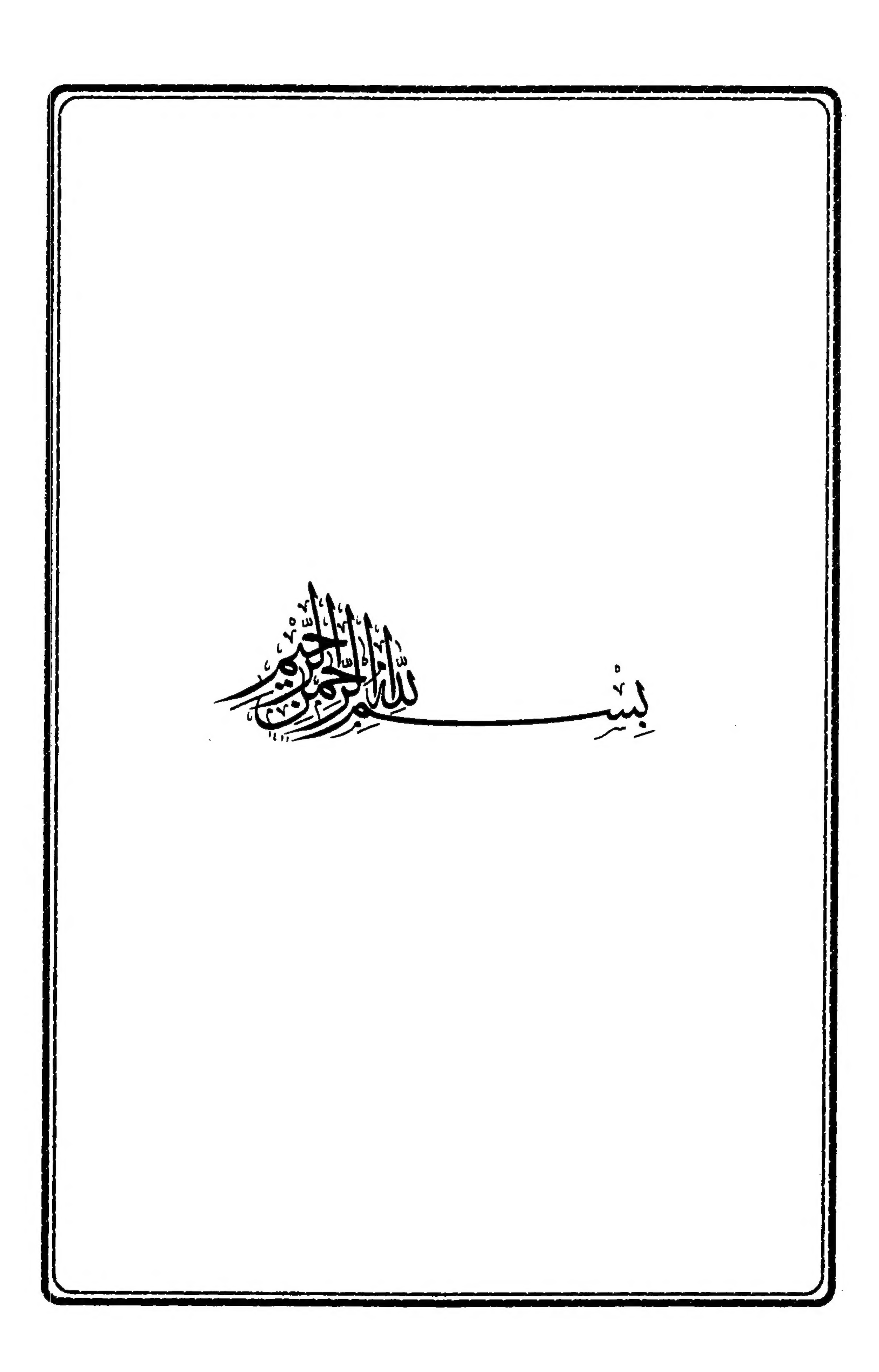
قرأه وقدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره
أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان

المجلد الثالث

الجزء الثاني عشر ـ الجزء التاسع عشر

مسألة ٨٦٢ ـ مسألة ١٣٦٢

دار ابن القيم　　　　دار ابن عفان


بسم الله الرحمن الرحيم

الإشراف

على نكت مسائل الخلاف

الطبعة الأولى
1429هـ - 2008 م

رقم الإيداع	2007 / 24820
الترقيم الدولي	977 - 375 - 094 - 9



دار ابن القيم للنشر والتوزيع
هاتف: ٤٣١٥٨٨٢- فاكس: ٤٣١٨٨٩١
الرياض: ص.ب : ١٥٦٤٧١
الرمز البريدى: ١١٧٧٨
المملكة العربية السعودية
E-mail:ebnalqayyam@hotmail.com

دار ابن عفان
للنشر والتوزيع
القاهرة: ١١ درب الأتراك خلف الجامع الأزهر
ت: ٢٥٠٦٦٤٢٠- محمول: ٠١٠١٥٨٣٦٢٦
الإدارة: الجيزة برج الأطباء أول شارع فيصل
تليفون ٣٥٦٩٣٦١٥- تليفاكس: ٣٥٦٩٢٨٥٠-٣٣٢٥٥٨٢٠
ص.ب ٨ بين السرايات
جمهورية مصر العربية
E-mail:ebnaffan@hotmail.com

الجزء الثاني عشر

من

كتاب الإشراف

بسم الله الرحمٰن الرحيم

استعنت بالله

كتاب الرهون

مسألة ٨٦٢

يجوز الرهن في السفر والحضر(١)، خلافاً لمجاهد في قوله: لا يجوز إلا في السفر(٢)؛ لأن كل وثيقة جازت في السفر جازت في الحضر كالضمان، ولأنها حال يجوز أن يتوثق فيها بالضمين فجاز بالرهن كالحضر(٣).

---

(١) «المعونة» (٢ / ١١٥٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٧٥)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٤٠٧)، «معين الحكام» (٢ / ٨٠٦ ـ ٨٠٧).

(٢) نقل مذهب مجاهد ابن المنذر في «الإجماع» (ص ٩٦ / رقم ٥١٦ ـ ط الدوحة)، وعنه ابن قدامة في «المغني» (٦ / ٤٤٤ ـ ط هجر)، وزاد الماوردي في «الحاوي الكبير» (٧ / ٩٤) والقفال في «حلية العلماء» (٤ / ٤٠٧) ومحمد بن عبدالهادي في «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٥) معه: داود الظاهري، وزاد القرطبي في «تفسيره» (٣/ ٤٠٧) معهما: الضحاك.

وانظر: «موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي» (٢ / ٤٩٧)، ولم يذكر الضحاك ضمن المانعين.

(٣) قال الله تعالى: ﴿۞وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فتمسّك المانعون بالآية، ولا حجة لهم فيها؛ لأن هٰذا الكلام وإن كان خرج مخرج الشرط؛ فالمراد به غالب الأحوال، وليس كون الرهن في الآية في السفر مما يحظر في غيره؛ ففي «الصحيحين» وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجلٍ ورهنه دِرعاً له من حديد.

أفاده القرطبي، وقال قبله: «الرهن في السفر بنصّ التنزيل، وفي الحضر ثابت بسنة الرسول ﷺ، =

مسألة ٨٦٣

يلزم الرهن بمجرد القول[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢] والشافعي[٣] في قولهما: لا يلزم إلا بالقبض؛ لقوله عز وجل: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ ففيه دليلان:

أحدهما: أنه شرط فيها القبض بعد أن أثبتها رهناً[٤]، وذلك يفيد أنها قد تكون رهناً وإن لم تقبض.

والآخر[٥]: أنه لا يخلو أن يكون خبراً أو أمراً ولا يجوز أن يكون خبراً؛ لأنه لو كان كذلك لم يجز وجود رهن غير مقبوض، ومن قولهم: إن الراهن لو جن أو أغمي عليه ثم أفاق فسلمه يصح فثبت أنه أمر، ولأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس القول كالنكاح، والبيع، ولأنه عقد وثيقة فوجب أن يلزم بنفس القول كالكفالة[٦].

= وهذا صحيح».

(١) «المعونة» (٢ / ١١٥٣)، «المدونة» (٤ / ١٥١ ـ ط دار الفكر)، «التفريع» (٢ / ٢٦٣)، «الرسالة» (٢٣١)، «الكافي» (٤١٠)، «التلقين» (٤١٦)، «الشرح الصغير» (٣ / ٢١٤)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٤١٠)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٨٠)، «فصول الأحكام» (١٩٠)، «مذاهب الحكام في نوازل الأحكام» (ص ١٦٠).

(٢) «اللباب» (٢ / ٥٥)، «الاختيار» (٢ / ٦٣)، «مختصر الطحاوي» (٩٣)، «مجمع الضمانات» (٩٣).

(٣) «مختصر المزني» (٩٣)، «الإقناع» (١٠١)، «الحاوي الكبير» (٧ / ٩٨)، «المجموع» (١٢ / ١٩٦)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٢٧٤)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٠٩)، «إخلاص الناوي» (٢ / ١٦٤).

(٤) قال الشافعي: «لم يجعل الله الحكم إلا برهن موصوف بالقبض، فإذا عُدِمت الصِّفة وجب أن يعدم الحكم، وهذا ظاهر جداً». نقله القرطبي (٣ / ٤١٠).

(٥) في الأصل: «والأخرى».

(٦) قالت المالكية: يلزم الرهن بالعقد، ويجبر الراهن على دفع الرهن ليحوزه المرتهن؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وهذا عقد، وقوله: ﴿بِالْعَهْدِ﴾، وهذا عهد، وقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»، وهذا شرط؛ فالقبض عندهم شرط في كمال فائدته، وقول الجمهور: شرط في لزومه وصحته؛ لظاهر الآية.

مسألة ٨٦٤

استدامة القبض من شرط صحة الرهن(١)، خلافاً للشافعي(٢)؛ لقوله عز وجل: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ فعم أحواله(٣).

ولأنها حالات من أحوال الرهن؛ فوجب أن يكون القبض شرطاً فيها؛ كالابتداء، ولأن المعنى الذي لأجله استحق قبض الرهن في الابتداء هو أن يحصل وثيقة للمرتهن بقبضه إياه، وهٰذا المعنى يحتاج إليه في كل حال كان فيها رهناً؛ فكان القبض شرطاً فيها.

مسألة ٨٦٥

ويصح رهن المشاع كما يصح بيعه(٤)، خلافاً لأبي حنيفة(٥)؛ لقوله عز وجل:

---

(١) «المعونة» (٢ / ١١٥٤)، «التفريع» (٢ / ٢٦٣)، «الرسالة» (٢٣١)، «الكافي» (٤١٠)، «التلقين» (٢ / ٤١٦)، «الشرح الصغير» (٣ / ٢١٠)، «قوانين الأحكام» (٣٥٢)، «جامع الأمهات» (٣٧٨)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٤١٠)، «تحرير الكلام في مسائل الالتزام» (٣٨٨ ـ ٣٨٩)، «جواهر الإكليل» (١ / ٢٣٧)، «منتخب الأحكام» (ص ٢٣٤) لابن أبي زمنين.

(٢) «الأم» (٣ / ١٣٩، ١٤١)، «مختصر المزني» (٩٣ ـ ٩٤)، «الحاوي الكبير» (٧ / ١٢٢)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٢٢).

(٣) إذ متى خرج عن يد القابض لم يصدق لفظ الرهن ـ وهو بمعنى الثبوت والدوام ـ عليه لغةً، فلا يصدق عليه حكماً، وهٰذا واضح، وقاله أبو حنيفة غير أنه قال: «إن رجع بعارية أو وديعة لم يبطل».

(٤) «المدونة» (٤ / ١٥١ ـ ١٥٣ ـ ط دار الفكر)، «التفريع» (٢ / ٢٦٢)، «الكافي» (٤١٠)، «المعونة» (٢ / ١١٥٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣٧٦)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٧٨، ٧٩)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٤١١)، «منتخب الأحكام» (ص ٣٣٩) لابن أبي زمنين، «معين الحكام» (٢ / ٨٠٨ ـ ٨٠٩).
ومذهب الشافعية أيضاً صحة رهن المشاع.
انظر: «الأم» (٣ / ١٩٠)، «المهذب» (١ / ٣١٥)، «الوجيز» (١ / ١٥٩)، «المنهاج» (٥٤)، «روضة الطالبين» (٤ / ٣٩)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٢١ ـ ٤٢٢).

(٥) «مختصر الطحاوي» (٩٢)، «المبسوط» (٢١ / ٦٩)، «اللباب» (٢ / ٥٦)، «الاختيار» (٢ / ٦٤)، «رؤوس المسائل» (٣٠١)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٥٠)، «مجمع الضمانات» (٩٣، ٩٤، ٩٥)، «إيثار الإنصاف» (٣٧٠)، «نتائج الأفكار» (١٠ / ٥٢).
وانظره مفصلاً في: «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٨٧ / رقم ٢٠٠٣).

﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ فعم، ولأنه يصح قبضه بالبيع؛ فصح ارتهانه كالمقسوم، ولأن إشاعته لا تمنع صحة الرهن، أصله إذا رهن داراً من رجلين، ولأن كل ما لو رهنه مع غيره لصح؛ فكذٰلك إذا رهنه منفرداً، أصله الداران إذا رهنهما من رجل، ولأنهما حال للرهن؛ فجاز أن يتناول المشاع، أصله أن يرهنه داراً ثم يبيع نصفها، ولأن كل عقد جاز أن يعقد على بعض الجملة مقسوماً جاز أن يعقد على ذٰلك البعض مشاعاً، أصله البيع، ولأن كل عقد جاز على عين لنفسين جاز على نصفها لأحدهما، أصله البيع[١].

مسألة ٨٦٦

إذا رهن عنده عيناً كان غصبها قبل قبضها جاز وسقط ضمان الغصب[٢]، خلافاً للشافعي[٣]؛ لأن ابتداء إمساك العين بإذن مالكها يمنع أن تكون مضمونة ضمان الغصب، أصله الرهن المبتدأ أو إذا رهنها إياه قبل قبضها، ولأن الرهن عقد يتعلق به الضمان؛ فيجب إذا طرأ على الغصب أن يسقط ضمان الغصب كالبيع، ولأنه عقد يقتضي إمساك العين بإذن المالك؛ فوجب أن ينتفي الغصب حال حصوله؛ كالوديعة، ولأن الرهن ينافي الغصب في الاعتداء؛ فوجب أن ينتفي ضمانه لأن الضمان بالغصب إنما يثبت مع ثبوت الغصب، فإذا زال الغصب فيجب زواله، ولأنها عين ارتهنها بعد أن كان غاصباً لها وصار قابضاً لها بالرهن فوجب أن يزول ضمان الغصب عنه، أصله إذا قبضها وأعادها إليه.

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو الراجح إن شاء الله تعالى.

(٢) «المدونة» (٤ / ١٧٤ ـ ط دار الفكر)، «الكافي» (٤١١ ـ ٤١٢)، «المعونة» (٢ / ١١٦٣).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «تحفة الفقهاء» (٣ / ٥٥)، «القدوري» (ص ٤٠)، «المبسوط» (٢١ / ٦٨)، «رؤوس المسائل» (٣٠٦).

(٣) «الأم» (٣ / ٢٥٤ ـ ٢٥٦)، «مختصر المزني» (١٠١، ١٠٨)، «الحاوي الكبير» (٧ / ٣٧٩ ـ ٣٨٠)، «المهذب» (١ / ٣٨١)، «الوجيز» (١ / ١٦٣)، «روضة الطالبين» (٤ / ٦٨)، «الإقناع» (١٠١)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٠٨).

مسألة ٨٦٧

الرهن يتعلق بجملة الحق وبأبعاضه، وكذٰلك تعلق الحق بالرهن، فلو رهنه عبدين بمئة فتلف أحدهما كان الثاني رهناً بجميع المئة، وكذٰلك لو أسلم أحد العبدين ولم يقبضه الآخر ورضي المرتهن بذٰلك كان المقبوض رهناً بجميع المئة[١]، وحكي عن أبي حنيفة: إن المقبوض يكون رهناً بقدر ما بقي في مقابلته من الدين[٢].

فدليلنا أنه مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بكل حق منه، أصله إذا مات وخلف تركة وعليه دين، فإنَّ جميع التركة محبوسة على الدين، ولأنها وثيقة بحق فوجب أن تكون وثيقة به وبكل جزء منه، ولأن تعلق الرهن بالحق كتعلق الحق بالرهن، وقد ثبت أن الرهن يتعلق بجملة الحق وبكل جزء منه، وكذٰلك يجب أن يكون تعلق الحق به، ولأنه لو كان يتقسَّط على أجزاء الحق لوجب مثله فيمن رهن جارية حاملاً.

مسألة ٨٦٨

إذا رهن عبداً له ثم أعتقه فإن كان موسراً نفذ عتقه وعجل الحق للمرتهن أو رهنه غيره، وإن كان معسراً لم ينفذ وبقي رهناً، فإن أفاد مالاً قبل الأجل نفذ العتق وإن بقي على إعساره بيع عند الأجل[٣]، وقال أبو حنيفة: ينفذ عتقه موسراً كان أو معسراً[٤]، وللشافعي قولان، أحدهما مثل قول أبي حنيفة، والآخر: أن العتق لا

---

(١) «المدونة» (٤ / ١٥٩ ـ ط دار الفكر)، «التفريع» (٢ / ٢٦٦)، «الكافي» (٤١٤)، «المعونة» (٢ / ١١٦٤)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٨١).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٩٤ ـ ٩٥)، «الاختيار» (٢ / ٦٨)، «المبسوط» (٢١ / ١٤٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٩٤ / رقم ٢٠١١)، «مجمع الضمانات» (٩٣)، «إيثار الإنصاف» (٣٦٥).

(٣) «المدونة» (٤ / ١٥٨ ـ ط دار الكتب العلمية)، «المعونة» (٢ / ١١٦٥ ـ ١١٦٦)، «التلقين» (٢ / ٤٢٠)، «جامع الأمهات» (ص ٣٧٧)، «البيان والتحصيل» (٣ / ٢٠٦)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٨٣).

(٤) «مختصر الطحاوي» (٩٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٠٠ / رقم ٢٠١٥)، «المبسوط» (٢١=

ينفذ موسراً كان أو معسراً[(١)].

فدليلنا على أبي حنيفة في أنه لا ينفذ عتقه مع الإعسار قوله عز وجل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ولأنه معنى يبطل به حق الوثيقة من الرهن؛ فلم ينفذ مع الإعسار بغير رضا المرتهن، كالبيع، وإن شئت جعلت حكم العلة أن الراهن لا يملك عتقه كما لا يملك بيعه، فقلت: فجاز أنْ يزولَ ملكُ الراهن عنه بلزوم الرهن كالبيع، ولأن الراهن محجور عليه في الرهن بحق المرتهن بدليل أنه لا يجوز تصرفه فيه ببيع ولا هبة، فلم يجز إعتاقه كالمفلس، ولأن العتق لو نفذ لم يخل الحق أن يتعلق بذمة الراهن فقط أو إلى السعاية، والسعاية باطلة على أصلنا، وتعلقه بذمته بغير رهن إلزام له أن يسقط حقه من الوثيقة، وذلك غير جائز؛ فلم يبق إلا ما قلناه.

ودليلنا على الشافعي أنه إذا أعتقه وهو موسر لم يؤد إلى بطلان التوثق[(٢)]؛ لأنه إما أن يعجل له حقه؛ فذلك مقدم على التوثق أو أن يرهنه رهناً وكأنه يكون حق التوثق باقياً وعقد الرهن إنما يمنع الراهن من فعل ما يبطل حق التوثق فقط.

مسألة ٨٦٩

إذا رهن عنده رهناً على حق ثم استزاده شيئاً آخر على ذلك الرهن جاز وكان رهناً بالحقَّيْن[(٣)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٤)] والشافعي[(٥)]؛ لقوله عز وجل: ﴿فَرِهَٰنٌ

= / ١٣٨)، «اللباب» (٢ / ٥٨ ـ ٥٩)، «مجمع الضمانات» (٩٦، ٩٧، ١٠١، ١٠٨)، «إيثار الإنصاف» (٣٦٩).

(١) «مختصر المزني» (٩٤)، «الحاوي الكبير» (٧/ ١٥٤ ـ ١٥٥)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٧٩ ـ ٤٨٠).

(٢) وفي (ط): «بطلان الموثق».

(٣) «المدونة» (٤ / ٣٢٠)، «المعونة» (٢ / ١١٦٤)، «التفريع» (٢ / ٢٦٢ ـ ٢٦٣)، «الكافي» (٤١٤ ـ ٤١٦)، «منتخب الأحكام» (ص ٣١٩ ـ ٣٢٠) لابن أبي زمنين.

(٤) «مختصر الطحاوي» (٩٣)، «الاختيار» (٢ / ٦٥ ـ ٦٦)، «مجمع الضمانات» (١٠٥ ـ ١٠٦).

(٥) «الأم» (٣ / ١٦١)، وفي «المعونة» (٢ / ١١٦٤): «... وأحد قولي الشافعي»، وهو الصواب، قال الماوردي في «الحاوي الكبير» (٧ / ١٨٥): «أحدهما وهو القديم: أن ذلك جائز، وبه قال=

مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ فعم كل دين يجوز أخذ الرهن به وكل رهن يجوز ارتهانه بكل دين، ولأنه وثيقة بالحق، فإذا اشتغل بحق جاز أن يشتغل بحق آخر مع بقاء اشتغاله بالحق الأول كالضمين، ولأنه زيادة في التراهن في حق المتراهنين؛ فأشبه الزيادة في الرهن، ولأنها زيادة في حق توثيقه على أن تكون الوثيقة متعلّقة بهما فجاز ذٰلك، أصله زيادة الحق بالضمين، ولأنه حق تعلق بعين يستوفى من ثمنها[1]؛ فجاز أن يزاحمه في التعلق بها حق آخر، أصله أرش الجناية، ولأن منع ذٰلك لا يخلو أن يكون لحق الراهن أو المرتهن، أو لعقد الرهن ولا يجوز أن يكون لحق الراهن، لأن حقه كان في استرجاعه عند أداء الدين الأول، فإذا علقه بدين آخر؛ فقد اختار إسقاط حقه وبقي تعلق التوثق به، وذٰلك إليه ولا لحق المرتهن لأنه لا ضرورة عليه فيه ولا[2] لمعنى يعود إلى عقد الرهن؛ فوجب جوازه.

مسألة ٨٧٠

يكره تخليل الخمر، فإن خللت أساء، وجاز أكلها[3]، وفيه رواية أخرى: أنه

= المزني وأبو يوسف وأبو ثور، والقول الثاني وهو قوله في الجديد: أن ذٰلك يجوز، وبه قال مالك وأبو حنيفة».

وانظر: «حلية العلماء» (٤ / ٤٢٥)، «إخلاص الناوي» (٢ / ١٦٠).

(١) في الأصل: «ثمنه».

(٢) في المطبوع: «أو لحق المرتهن ولا ضرورة عليه فيه لا»، وفي الأصل: «وذٰلك إليه ولأن حق المرتهن لأنه لا ضرورة عليه فيه ولا...»، والمثبت من جداول التصويب الملحقة بآخر المطبوع.

(٣) «المدونة» (٦ / ٢٦٤)، «المعونة» (٢ / ٧١٣)، «التفريع» (١ / ٤١٠ ـ ٤١١)، «البيان والتحصيل» (٩ / ٣٥٦، ١٨ / ٦١٩)، «الكافي» (١٩٠)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (١ / ٢٧، ٦ / ١٤٢)، «تفسير القرطبي» (٦ / ٢٩٠).

والجواز مذهب الحنفية وجماعة من علماء الأمصار.

انظر: «مختصر الطحاوي» (ص ٢٧٩)، «المبسوط» (٢٤ / ٧، ٢٢)، «الهداية» (٤ / ١١٣)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٤٨)، «القدوري» (ص ٩٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٥٩ ـ ٣٦٣)، «شرح معاني الآثار» (٤ / ٣٠٢ ـ ٣٠٣)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٥٦٥ ـ ٥٦٦)، «مجمع الضمانات» (١٠٨)، «رؤوس المسائل» (٣٠٨)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٣٨)، «مصنف عبدالرزاق» (٩ / ٢٥٢ ـ ٢٥٤).

لا يجوز[١]، وهو قول الشافعي[٢]، ودليلنا على الجواز قوله عز وجل: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ...﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، وقوله ﷺ: «نعم الإدام الخل»[٣].

ولأن الحكم إذا وجب لعلَّة زال بزوالها ما لم يلحقها غيرها، وتحريم الخمر إنما كان من أجل الشِّدَّة، وقد زالت؛ فيجب زوال التحريم الثابت بها كما لو انقلبت بنفسها، ولأنه مائع نجس بوجود معنى لو زال[٤] ابتداء بغير صنع آدمي لطهر؛ فكذلك يجب أن يزول بفعل الآدمي الأصل فيه النار، ولأن كل حكم كان ثابتاً بحصول الشدة؛ فإنها إذا زالت زال بزوالها بغير اعتبار في ذلك بفعل آدمي وبغير[٥] فعل، أصله الحد والتفسيق ورد الشهادة، فكذلك النجاسة[٦].

---

(١) «المعونة» (٢ / ٧١٣)، «التفريع» (١ / ٤١١)، «البيان والتحصيل» (٩ / ٣٥٦، ١٨ / ٦١٩)، «الكافي» (١٩٠).

(٢) «المهذب» (٢ / ٣٣٧)، «المجموع» (٢ / ٥٨١، ٥٨٢)، «مغني المحتاج» (٤ / ١٨٧)، «الإشراف» (٢ / ٣٨٢) لابن المنذر، «حاشيتا القليوبي وعميرة» (٢ / ٢٦٩)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٥٥)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٣٧١ / رقم ١١٥).

(٣) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب الأشربة، باب فضيلة الخل والتأدم به، رقم ٢٠٥٢).

(٤) في الأصل والمطبوع: «لوجود معنى لزوال»!! وفي هامشهما: «لعله: لو زال»، والمثبت من (ط).

(٥) في الأصل والمطبوع: «اعتبار بذلك بفعل آدمي أو بغير»، والمثبت من (ط).

(٦) أخرج الترمذي في «جامعه» (رقم ١٢٦٣) عن أبي سعيد الخدري؛ قال: «كان عندنا خمر ليتيم، فلما نزلت المائدة سألتُ رسول الله ﷺ وقلت: إنه ليتيم! فقال: «أهريقوه»».
وأخرجه أحمد (٣ / ٢٦) وأبو يعلى (١٢٧٧) في «مسنديهما»، وابن الجارود في «المنتقى» (٨٥٣)، والطحاوي في «المشكل» (٣٣٤٠).
قال الترمذي: «حديث أبي سعيد حسن، وقد روي من غير وجه عن النبي ﷺ نحو هذا»، قال: «وقال بهذا بعضُ أهل العلم، وكرهوا أن تُتَّخذ الخمرُ خلاً، وإنما كُره من ذلك والله أعلم أن يكون المسلم في بيته خمرٌ، حتى يصيرَ خلاً، ورخص بعضهم في خلِّ الخمر، إذا وُجد قد صار خلاً».
وأخرج مسلم في «صحيحه» (كتاب الأشربة، باب تحريم تخليل الخمر، رقم ١٩٨٣) عن أنسٍ أنَّ النبي ﷺ سئل عن الخمر تُتَّخذ خلاً، فقال: لا.
وانظر جملة من الآثار تدلل على المنع في: «مصنف عبدالرزاق» (٩ / ٢٥٤)، «السنن الكبرى» للبيهقي (٦ / ٣٧)، «المحلى» (٧ / ٤٩٨).

مسألة ٨٧١

إذا رهنه عصيراً فصار خمراً ثم عاد خلاً؛ فإن ارتهانه ثابت؛ فلا يحتاج إلى عقد مستأنف[١]، خلافاً لبعضهم[٢]؛ لأن العصير تعلق به حقان: حق الملك، وحق الرهن، والملك أقوى، ثم كان انقلابه خلاً يوجب عوده إلى الملك، فكذلك الرهن، وكذلك لو ارتهن عبداً فارتد ثم تاب لعاد رهناً من غير عقد مستأنف كذلك في مسألتنا.

مسألة ٨٧٢

إذا وكّل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الحق واستيفاء حقه من ثمنه جاز ذلك وصحت الوكالة[٣]، خلافاً للشافعي في قوله: لا يصح[٤]؛ لأنه توكيل للمرتهن في بيع ملك له فصح ذلك إذا كان من أهل الوكالة، أصله إذا وكله في بيع

---

(١) «جواهر الإكليل» (٢ / ٧٨).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «تقرير القواعد» (١ / ٢٨٠ ـ بتحقيقي) لابن رجب.

(٢) في «حاشية قليوبي» (٢ / ٢٦٩) في مباحث الرهن: «لو قبض حال تخمّره لم يعتد به، فلا بد من قبضه بعد التخلل، وفي شرح شيخنا كابن حجر إن ذلك جار على القول الصحيح أيضاً، وفيه نظر؛ فراجعه».
وفي «حاشية عميرة» (٢ / ٢٦٩ ـ ٢٧٠) في المسألة: «لا نقول بالصحة حال التخمير، بل لو فرض التخمير بعد القبض ارتفع حكم الرهن، ولكنه يعود بالتخلل».
وانظر: «حلية العلماء» (٤ / ٤٥٧)، «إخلاص الناوي» (٢ / ١٦٣).

(٣) «المعونة» (٢ / ١١٦٩)، «الكافي» (٤١٦)، «التفريع» (٢ / ٢٦٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣٧٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٧٥)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٨٢)، «منتخب الأحكام» (ص ٣٢٥ ـ ٣٢٦، ٣٢٨)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٤١٣)، «تحرير الكلام في مسائل الالتزام» (ص ٣٩١).

(٤) «الأم» (٣ / ١٧٠)، «المهذب» (١ / ٣١٠)، «مختصر المزني» (٩٤ ـ ٩٥)، «الحاوي الكبير» (٧ / ١٦٦ ـ ١٦٧)، «المجموع» (١٢ / ٣٥٩).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٦ / ٥٠٧)، «الإنصاف» (٥ / ١٦٦ ـ ١٦٧)، «كشاف القناع» (٣ / ٣٥٠).

مال آخر، ولأنه وكل مَنْ هو مِنْ أهل الوكالة في بيع ملك له فأشبه توكيله الأجنبي[١].

مسألة ٨٧٣

إذا تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل جاز[٢]، خلافاً لابن أبي المطلب[٣] وداود[٤]؛ لأن الرهن حصل مقبوضاً عن الراهن في يد من يقوم مقام المرتهن؛ فصح ذلك كما لو كان في يد المرتهن[٥].

---

(١) وردت أحاديث عديدة تدلل على الجواز، تكلمتُ عليها من حيث الصحة والضعف في تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٢٨٧٩ ـ ٢٨٨٩).
وانظر: «تغليق التعليق» (٧٥٧)، «كنز العمال» (١٥٧٤٣، ١٥٧٥٢)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٦ ـ ١٩).

(٢) «المدونة» (٤ / ١٥٢ ـ ط دار الفكر)، «الرسالة» (٢٣١)، «البيان والتحصيل» (١١ / ٥٢، ١٣٢)، «الكافي» (٤١٠)، «جامع الأمهات» (ص ٣٧٨)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٤١٠)، «تحرير الكلام» (٣٨٩)، «منتخب الأحكام» (٣٣٠)، «معين الحكام» (٢ / ٨٠٨).

(٣) كذا في الأصل والمطبوع، ولعل صوابه: «ابن أبي ليلى». ونقل مذهبه وداود القفال الشاشي في «حلية العلماء» (٤ / ٤١٣)، وكذا الجصاص فيما يأتي.

(٤) قال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٨٩ / رقم ٢٠٠٤): «قال أصحابنا [أي الحنفية] والثوري: يصح الرهن إذا جعلاه على يدي عدل، ويكون مضموناً على المرتهن.
وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والأوزاعي: لا يجوز حتى يقبضه المرتهن.
وقال مالك: إذا جعلاه على يدي عدل فضياعه من الراهن.
وقال الشافعي: في رهن شقص السيف إن قبضه أن يحول حتى يصنعه الراهن والمرتهن على يدي عدل أو على يدي شريك.
قال أبو جعفر [الطحاوي]: القياس أن لا يصح الرهن بوضعه على يدي عدل لأن يد العدل بمنزلة يدهما جميعاً، ولو كان شرطاً أن يكون في أيديهما لم يصح كذلك إذا جعلاه على يدي عدل لأنه ليس أحدهما بهذه اليد أولى من الآخر بها، وكما لو تراضى المتبايعان على جعل المبيع على يدي عدل لم يكن ذلك قبضاً للمشتري ولو هلك، هلك من مال البائع، كذلك الرهن».
وحكى القرطبي في «تفسيره» (٣ / ٤١٠) المنع عن ابن أبي ليلى وقتادة والحكم وعطاء.
وانظر: «الإشراف» (١ / ٧٢) لابن المنذر.

(٥) المانعون رأوا ذلك تعبُّداً، وقول الجمهور أصحّ من جهة المعنى؛ لأنه إذا صار عند العدل صار =

مسألة ٨٧٤

إذا كان في يد عَدْلٍ فتلف فذٰلك من راهنه[١]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه من المرتهن[٢]؛ لأن الراهن لم يرض بأمانة المرتهن لما جعله على يد غيره، وكان ذٰلك رضاً بأن لا يدخل في ضمانه[٣].

مسألة ٨٧٥

إذا أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل في بيع الرهن لم يكن ذٰلك له[٤]، وقال القاضي إسماعيل له ذٰلك[٥]، وهو قول الشافعي[٦].

فدليلنا أن في فسخها إبطال حق المرتهن المتعلق بها[٧] من تولية البيع وإقباضه الثمن فلم يكن له ذٰلك كما لم يكن له إبطال أصل الوثيقة، ولأن هٰذه الوكالة إذا اشترطت في العقد صارت من موجباته؛ فلم يكن للراهن فسخ بغير رضا المرتهن كإمساك الرهن.

= مقبوضاً لغةً وحقيقةً؛ لأنَّ العدل نائب عن صاحب الحق، وبمنزلة الوكيل وهٰذا ظاهر. قاله القرطبي في «التفسير» (٣ / ٤١٠).

(١) «المدونة» (٤ / ١٥٢ ـ دار الفكر)، «المعونة» (٢ / ١١٥٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣٧٨)، «البيان والتحصيل» (١١ / ٥٢، ١٣٢)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٤١٠)، «تحرير الكلام» (٣٨٩)، «الكافي» (٤١٠)، «الرسالة» (٢٣١)، «منتخب الأحكام» (٣٣٣).

(٢) «المبسوط» (٢١ / ٧٧)، «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص ٥٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٨٩)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٣٢٣).

(٣) المرتهن لم يكن في يده شيء يضمنه، والموضوع على يده أمين، والأمين غير ضامن. قاله القرطبي في «تفسيره» (٣ / ٤١٠).

(٤) «المعونة» (٢ / ١١٦٩)، «التفريع» (٢ / ٢٦٥)، «الكافي» (٤١٦).

(٥) هو القاضي إسماعيل بن إسحاق. وانظر: «المعونة» (٢ / ١١٦٩)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٣٢).

(٦) «مختصر المزني» (٩٤)، «المهذب» (١ / ٣١٠)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٣٢)، «إخلاص الناوي» (٢ / ١٧٨).

(٧) في الأصلين: «به»، والمثبت من (ط).

مسألة ٨٧٦

إذا وضع الرهن على يد عَدْل يبيعه عند حلول الأجل فباعه وتلف الثمن في يده من غير تفريط، فإنَّ تلَفه من المرتهن[١]، وقال الشافعي: تلفه من الراهن[٢]؛ فدليلنا أن العدل أمين لهما جميعاً للراهن بحفظ الرهن وللمرتهن بحق التوثق وهو بيعه وتوفية المرتهن دينه، فإذا باعه فقد باعه في حق أمانته للمرتهن، فوجب إذا تلف الثمن أن يتلف منه لأن الثمن ملكه؛ لأن بيعه قد خرج من ملك الراهن وبرئت ذمته.

مسألة ٨٧٧

إذا باع العدل الرهن وقبض الثمن وتلف في يده ثم استحق المبيع؛ فلا عهدة على العدل ويأخذ المستحق ما استحقه ويرجع المشتري على من بيع له وهو المرتهن، فيأخذ الثمن منه ويعود دينه في ذمة الراهن كما كان[٣]، وقال أبو حنيفة: العهدة على الوكيل فيغرم العدل الثمن من ماله ثم يرجع على مالكه، وهو الراهن[٤]، ووافقنا الشافعي في أن العهدة لا تكون على الوكيل، وخالفنا فيمن تكون عليه فقال: تكون على الراهن[٥].

فدليلنا على أبي حنيفة أنه بائع على غيره فلم يلزمه ضمان كأمين القاضي، ولأنه وكيل البيع كالحاكم إذا باع على المفلس.

ودليلنا على الشافعي أن التصرف حصل بأمر المرتهن، وبمطالبته لمنفعته بقبض حقه؛ فوجب أن يثبت الرجوع عليه؛ كالموكل إذا باع له وكيله ثم استحق

---

(١) «المدونة» (٤ / ١٦٥)، «منتخب الأحكام» (ص ٣٢٨ ـ ٣٢٩، ٣٣٣)، «مواهب الجليل» (٥ / ٨).

(٢) «مختصر المزني» (١٠٠)، «الحاوي الكبير» (٧ / ٢٤٤)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٦١).
وانظر المسألة وتفصيلها في: «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣١٧ ـ ٣١٨ / رقم ٢٠٣٠).

(٣) «منتخب الأحكام» (٣٣١ ـ ٣٣٢) لابن أبي زمنين.

(٤) «المبسوط» (٢١ / ٧٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣١٧ ـ ٣١٨)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٣٢٤، ٣٢٥)، «مجمع الضمانات» (١١٣).

(٥) «مختصر المزني» (١٠٠)، «الحاوي الكبير» (٧ / ٢٤٤)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٦١).

المبيع، ولأن المرتهن هو الذي يملك لثمن هٰذا[١] المبيع فكان كالمالك الذي يوكل غيره.

مسألة ٨٧٨

نماء الرهن ملك للراهن[٢]، وقال بعض الناس: هو للمنفق على الرهن[٣]، وقال أحمد: هو للمرتهن[٤].

فدليلنا قوله ﷺ: «الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه»[٥]، ولأنه نماء ملكه لم يعاوض عليه ولا وهبه؛ فكان على ملكه، دليله ما ليس برهن.

مسألة ٨٧٩

إذا احتاج الرهن إلى دواء كان ذٰلك على الراهن[٦]، وقال أبو حنيفة: إن كان الرهن قد استغرق القيمة[٧]. فالدواء على المرتهن، وإن كان لم يستغرقها فهو

---

(١) في الأصلين: «الثمن بهٰذا».

(٢) «المدونة» (٤ / ١٥٥)، «المعونة» (٢ / ١١٦١ ـ ١١٦٢)، «جامع الأمهات» (٣٧٧)، «قوانين الأحكام» (٢٧٧)، «الشرح الكبير» (٣/ ٢٤٦)، «منتخب الأحكام» (ص ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢٢).
والمذهب أنه داخل معه إن كان لا يتميز؛ كالسِّمن، أو كان نسلاً؛ كالولادة والنتاج، وفي معناه: فَسيل النخل، وما عدا ذٰلك من غلَّة وثمرة ولبن وصوف فلا يدخل فيه إلا أن يشترطه، والفرق بينهما أن الأولاد تبع في الزكاة للأمهات، وليس كذٰلك الأصواف والألبان وثمر الأشجار؛ لأنها ليست تبعاً للأمهات في الزكاة، ولا هي في صُوَرها ولا في معناها ولا تقوم معها؛ فلها حكم نفسها لا حكم الأصل، خلاف الولد والنتاج، والله أعلم بصواب ذٰلك. قاله القرطبي في «تفسيره» (٣ / ٤١٤).
وانظر مسألة (رقم ٨٨٣).

(٣) هو قول حكاه الخرقي عن أحمد. وانظر: «حلية العلماء» (٤ / ٤٣٨).

(٤) «المغني» (٤ / ٤٣٢).
وانظر: «تقرير القواعد» (٢ / ١٧٤ ـ ١٧٥ ـ بتحقيقي) لابن رجب.

(٥) سيأتي تخريجه في المسألة (رقم ٨٨١).

(٦) «المعونة» (٢ / ١١٦٣)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٣)، «أسهل المدارك» (١ / ٣٧٣)، «معين الحكام» (٢ / ٨١١).

(٧) «شرح معاني الآثار» (٤ / ٩٩ ـ ١٠٠)، «فتح القدير» (١٠ / ١٤٣، ١٥١)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٦٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٠٧ ـ ٣٠٨). وفي (ط): «قد اغترق القيمة».

بينهما، ودليلنا أن الدواء من مؤنة الرهن، فوجب أن يكون على الراهن كالنفقة[١].

مسألة ٨٨٠

إذا حل أجل الحق وامتنع الراهن من بذل الحق كان للمرتهن دفعه إلى الحاكم ومطالبته ببيعه وللحاكم بيعه على الراهن وتوفية المرتهن حقه من ثمنه[٢]، وقال أبو حنيفة: لا يملك الحاكم بيعه في حياة الراهن، فإذا مات جاز بيعه[٣].

فدليلنا أنه مرهون بحق حال لا يمكن المرتهن من استيفائه؛ فجاز أن يملك المرتهن مطالبة الحاكم ببيعه، أصله إذا مات الراهن[٤].

مسألة ٨٨١

يضمن من الرهون ما يخفى هلاكه؛ كالذهب والفضة والعروض، ولا يضمن ما يظهر هلاكه؛ كالحيوان والعقار[٥]، وقال أبو حنيفة: يضمن كل ذلك[٦]. وقال

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو الراجح إن شاء الله تعالى.

(٢) «التلقين» (٢ / ٤١٨)، «منتخب الأحكام» (ص ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣١)، «معين الحكام» (٢ / ٨١٠ ـ ٨١١).

(٣) «المبسوط» (٢١ / ٨١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٠٤)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٣٢٧).

(٤) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٥) «المدونة» (٤ / ١٥٥ ـ ط دار الفكر)، «الموطأ» (٢ / ٧٣١ ـ ٧٣٢)، «التفريع» (٢ / ٢٥٩)، «الرسالة» (٢٣١)، «الكافي» (٤١٢ ـ ٤١٣)، «المعونة» (٢ / ١١٥٧)، «جامع الأمهات» (ص ٣٧٩)، «فصول الأحكام» (ص ١٩٠)، «الشرح الصغير» (٣ / ٣٣٦ ـ ٣٣٧)، «تحرير الكلام في مسائل الالتزام» (ص ٣٩١ ـ ٣٩٣)، «منتخب الأحكام» (٣٣٤)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٦ / ٣٢)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٣٩)، «معين الحكام» (٢ / ٨٠٧)، «الفروق الفقهية» (رقم١٠)، «عدة البروق» (رقم٩٣٢).

(٦) مذهبهم: الرهن مضمون بأقل من قيمته من الدَّين، وما زاد على الدين يكون أمانة، حتى لو هلك الرهن في يد المرتهن، إن كان الرهن بمثل الدَّين يسقط بالدَّين عندهم.
انظر: «مختصر الطحاوي» (٩٤ ـ ٩٥)، «اللباب» (٢ / ٥٦ ـ ٥٧)، «المبسوط» (٢١ / ٦٤ ـ ٦٥)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٦٠)، «القدوري» (٤١)، «بدائع الصنائع» (٨ / ٣٧٦٠)، «نتائج الأفكار» =

الشافعي: الرهن أمانة لا يضمن إلا بالتعدي[1].

ودليلنا أن الرهن قد أخذ شبهاً من المضمون وشبهاً من الأمانة؛ فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد ويبين ذٰلك أن الأمانة المحضة ما لا نفع فيها لقابضها بل النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض ما يكون النفع فيه كله لقابضه كالمشتري أو بتعدي جناية كالغصب[2]، ومسألتنا عارية من كل ذٰلك؛ فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، فيجب الفصل بينهما، وإذا وجب ذٰلك لم يبق إلا ما قلناه، ولا يلزم عليه العارية؛ لأن المستعير وإن كان قبضها لنفع نفسه، فإن المعير لما بذلها له وأباحه إياها بغير عوض كان ذٰلك سبباً في ضمانها، ولما كان المستعير قبضها لنفع نفسه كان ذٰلك يقتضي الضمان، فلذٰلك[3] كان لها حكم الرهن؛ لأنها قد أخذت شبهاً من الأمرين ولم يلزم عليه القراض؛ لأن جل النفع فيه للمالك، وكذٰلك المستأجر، ولا يدخل عليه الصّنّاع وحمل الطعام لأنه مخصوص للضرورة والمصلحة، فإذا تقررت هٰذه النكتة ثبت ما قلناه.

ثم نتكلم بعد هٰذا على فساد كل قول بأدلة تخصُّه، فدليلنا على أبي حنيفة قوله ﷺ: «الرهن ممن رهنه»[4]، وهٰذا عام، وقوله: «له غنمه وعليه

= (١٠ / ١٤٠، ١٤٥)، «مجمع الضمانات» (١٠٢، ١٠٣)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ١٣، ٣٠٩)، «رؤوس المسائل» (٣٠٥).

(١) «الأم» (٣ / ١٦٧، ١٧٦)، «مختصر المزني» (١٠١)، «السنن الكبرى» (٦ / ٤٠ ـ ٤٣)، «معرفة السنن» (٨ / ٢٣٤ ـ ٢٣٧)، «التنبيه» (ص ٧١)، «الوجيز» (١ / ١٦١)، «الإقناع» (١٠١)، «روضة الطالبين» (٤ / ٩٦)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٢٨١)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٥٨ ـ ٤٥٩)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٣٧٧ / رقم ١١٧).

(٢) في الأصل: «الغصب».

(٣) في الأصل: «فكذٰلك».

(٤) أخرجه الشافعي في «المسند» (٢ / ١٦٤)، وابن ماجه (٢٤٤١ - مختصراً)، والدارقطني (٣ / ١٣٣ أو رقم ٢٨٨٩ ـ بتحقيقي) والبيهقي (٦ / ٣٩) في «سننهما»، وابن عبدالبر في «التمهيد» (٦ / ٤٢٥، ٤٢٧، ٤٣٠)، وابن حبان (١١٢٣ - موارد)، وابن عدي (٤ / ١٥٤٦)، والحاكم (٢ / ٥١)، وابن حزم (٨ / ٩٩)، وأبو نعيم (٧ / ٣١٥)، وابن جميع في «معجم الشيوخ» (٢١٠ - ٢١١)، والخطيب (٦ / ١٦٥)؛ عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، به، ولفظه: «لا يغلق الرهن، والرهن لمن رهنه له غنمه وعليه غرمه».

غرمه»[١]، وهٰذا اعتبار عن الهلاك؛ لأن الغرم[٢] إما أن يراد به الهلاك أو الحقان وأي ذٰلك كان فيجب أن يكون في جهة الراهن دون المرتهن، وعلى الشافعي لأن قبض الشيء لمنفعة القابض مؤثر في تعلق الضمان بها كالبيع.

(فصل): يضمن ما يضمن منه بقيمته[٣]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: بأقل الأمرين[٤]؛ لأن كل عين ضمن تلفها فقيمتها كسائر المتلفات.

مسألة ٨٨٢

يصح عقد الرهن قبل وجوب الحق[٥]، خلافاً للشافعي[٦]؛ لقوله عز وجل:

= وقال الدارقطني وابن عبدالبر: «عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبدالرحمٰن».
وإسناده ضعيف. وانظر: «نصب الراية» (٤ / ٣٢٠)، «بيان الوهم والإيهام» (٥ / ٩٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٦)، «التلخيص الحبير» (٣ / ٣٦).

(١) قال ابن عبدالبر: «اختلف الرواة في رفع هٰذه اللفظة ووقفها»، ثم قال: «وقد روى ابن وهب هٰذا الحديث فجوَّده، وبيَّن أن هٰذه اللفظة من قول سعيد بن المسيب، وقال أبو داود في «المراسيل» (١٨٧) قوله: «له غنمه وعليه غرمه» من كلام سعيد بن المسيب نقله عنه الزهري».
انظر: «الموطأ» (٢ / ٢٠٥ ـ مع «تنوير الحوالك»)، «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ٢٣٧ - ٢٣٨)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٧ / ١٨٧)، «شرح السنة» (٨ / ١٨٤)، «التمهيد» (٦ / ٤٢٦)، «شرح معاني الآثار» (٤ / ١٠٠)، «إتحاف المهرة» (١٤ / ٧٥٥ ـ ٧٥٦)، «سنن البيهقي» (٦ / ٣٩)، تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٢٨٨١).

(٢) في الأصل: «العرض»!!

(٣) «المعونة» (٢ / ١١٥٧)، «التلقين» (٤١٩)، «الكافي» (٤١٣)، «التفريع» (٢٥٩، ٢٦٣)، «جامع الأمهات» (ص ٣٧٩)، «منتخب الأحكام» (٣٣٣ ـ ٣٣٤)، «البيان والتحصيل» (١١ / ١٩)، «معين الحكام» (٢ / ٨١٠) (مهم).

(٤) «المبسوط» (٢١ / ٦٤ ـ ٦٥)، «مختصر الطحاوي» (٩٤ ـ ٩٥)، «اللباب» (٢ / ٥٦ ـ ٥٧)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٥٦)، «بدائع الصنائع» (٨ / ٣٧٦٠)، «نتائج الأفكار» (١٠ / ١٤٥)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ١٣، ٣٠٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٠٩ ـ ٣١٣ / رقم ٢٠٢٤)، «مجمع الضمانات» (٩٣)، «رؤوس المسائل» (٣٠٣).

(٥) «المعونة» (٢ / ١١٥٤ ـ ١١٥٥)، «الكافي» (٤١٠)، «التلقين» (٢ / ٤١٦)، «الشرح الصغير» (٣ / ٢١٤)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٤١١).

(٦) «الأم» (٣ / ١٤٥)، «مختصر المزني» (٩٣)، «الحاوي الكبير» (٧ / ١١٠ ـ ١١٣)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٠٩).

﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولم يفرق، ولأن المقصود من الرهن هو استيفاء الحق من ثمنه، وقد ثبت أن ذٰلك يجوز أن يتعلق بصفة تأتي وهو امتناع من عليه الحق من أدائه، فجاز أن يتعلق الرهن أيضاً بصفة تأتي، ولأنه إذن له في قبضه على وجه الأمانة أو الضمان؛ فصح ذٰلك، أصله في الضمان ضمان القضاء إذا قال: خذ هٰذا الكيس، فإن كان فيه قدر حقك فقد قضي من حقك أو دفع الكيس إليه ووكّل غيره بأن يقبض حقه منه وفي الأمانة والوديعة إذا قال له: متى جاءك فلان يقضي الذي له عنده فاقبضه بكذا فهو وديعة لي عندك.

مسألة ٨٨٣

نماء الرهن المتميز عنه لا يدخل في الرهن؛ كالثمرة والصوف واللبن وأجرة العقار والدواب وما أشبه ذٰلك؛ إلا الولد؛ فإنه يكون رهناً مع الأم في سائر الحيوان[1]، وقال أبو حنيفة: جميع النماء يكون رهناً[2]، وقال الشافعي: يكون جميعه خارجاً عن الرهن[3].

فدليلنا على أبي حنيفة قوله ﷺ: «له غنمه»[4]، وذٰلك يقتضي انفراده به، وقوله: «الرهن مركوب ومحلوب»[5]، ولا يجوز أن يريد به المرتهن فثبت أنه أراد

---

(١) «المدونة» (٤ / ١٥٤ ـ ١٥٥)، «المعونة» (٢ / ١١٦١)، «التفريع» (٢ / ٢٦٠)، «الرسالة» (٣٣١)، «الكافي» (٤١٢)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٤١٤).
وانظر التعليق على مسألة (٨٧٨) مع مصادرها.

(٢) «المبسوط» (٢١ / ٧٤ ـ ٧٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٩٠ / رقم ٢٠٠٦)، «مختصر الطحاوي» (٩٤)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٥٧)، «اللباب» (٢ / ٦٢)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٥٢١).

(٣) «مختصر المزني» (٩٦ ـ ٩٨)، «الحاوي الكبير» (٧ / ٣١٤ ـ فما بعد)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٢٨٩)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (١ / ٢٦٢)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٣٧٤ / رقم ١١٦)، «إخلاص الناوي» (٢ / ١٦٢).

(٤) مضى تخريجه.

(٥) أخرجه عبدالرزاق (٨ / ٢٤٤ / رقم ١٥٠٦٦)، والدارقطني في «سننه» (٣ / ٣٤ أو رقم ٣٨٩٢ ـ بتحقيقي) و «الغرائب» (١ / ق ٣٢٠ ـ أطرافه)، وابن أبي حاتم في «العلل» (١ / ٣٧٤)، والبزار =

الراهن، ولأنه نماء من غير جنسه فأشبه الأجرة.

ودليلنا على الشافعي أن الأصول موضوعة على أن كل حكم ثبت في رقاب الأمهات مستقر بشرط ثقة المعاوضة، فإن الولد يتبع الأمهات فيه كالزكاة وولد أم الولد والمعتق نصفه أو إلى أجل والمدبرة والمخدمة والمكاتبة، فكذلك مسألتنا، ولأنه نماء من جنسه وخلقته كالسِّمن.

مسألة ٨٨٤

إذا اختلف المرتهنان في قدر الحق؛ فالقول قول المرتهن إلى قيمة الرهن[1]، وقال أبو حنيفة[2] والشافعي[3]: القول قول الراهن على كل وجه.

= في «مسنده» (ق ٢٢١ / أ)، وابن عدي في «الكامل» (١ / ٢٧٢)، والبيهقي في «سننه» (٦ / ٣٨)، والحاكم في «مستدركه» (٢ / ٥٨) ـ وقال: «صحيح على شرط الشيخين» ـ، وأبو نعيم في «الحلية» (٥ / ٤٥)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٦ / ١٨٤ ـ ١٨٥)؛ من حديث أبي هريرة.

ورجح الدارقطني في «العلل» (١٠ / ١١٢ ـ ١١٤ / رقم ١٩٠٣) وأبو حاتم والبيهقي والخطيب وقفه، وهو الصواب.

وانظر: «التلخيص الحبير» (٣ / ٣٦).

(١) «المدونة» (٤ / ١٦٠)، «الكافي» (٤١٣)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٠)، «منتخب الأحكام» (٢٣٢ ـ ٢٣٣)، «البهجة» (١ / ٣٤٢)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٣٨٨)، «حاشية الصاوي» (٣ / ٣٤١).

(٢) «المبسوط» (٢١ / ١٣٠)، «مجمع الضمانات» (٩٤).

(٣) «الحاوي الكبير» (٧ / ٣٠٥)، «المجموع» (١٢ / ٣٨٥)، «روضة الطالبين» (٤ / ١١٢)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٦٧).

وقال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٠٧): «قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا هلك الرهن واختلف الراهن والمرتهن في مقدار الدين؛ فالقول قول الراهن في الدين مع يمينه.

وقال ابن وهب عن مالك: إذا اختلفا في الدين والرهن قائم فإن كان الرهن قدر حق المرتهن أخذه المرتهن بحقه، وهو أولى به ويحلف إلا أن يشاء رب الرهن أن يعطيه حقه الذي حلف عليه ويأخذ رهنه.

وقال ابن القاسم عن مالك: القول قول المرتهن فيما بينه وبين قيمة الرهن ولا يصدق على أكثر من ذلك.

فدليلنا أن العرف أصل يرجع إليه في التخاصم إذا لم يكن هناك ما هو أولى منه، والعرف جار بأن الناس لا يرهنون إلا ما يساوي ديونهم أو يقاربها، فمن ادعى خلاف ذٰلك؛ فقد خرج عن العرف ولا يلزم عليه البينة؛ لأنها أولى إذا كان الرهن على يد عدل؛ لأن الراهن لم يرض بأمانة المرتهن فيه؛ فلم يكن الرهن شاهداً له.

* * * * *

= وقال الحسن بن حي والشافعي مثل قول أبي حنيفة وأصحابه.

قال أبو جعفر: المرتهن مدعي، والراهن مدعى عليه؛ فالقول قوله، والبينة على المرتهن».

وانظر مذهب علماء الأمصار في: «المصنف» لعبدالرزاق (٨ / ٢٤٣ ـ ٢٤٤)، «الإشراف» (١ / ٧٤) لابن المنذر.

بسم الله الرحمٰن الرحيم

كتاب التفليس

مسألة ٨٨٥

من باع سلعة؛ ففلس المشتري قبل قبض البائع الثمن، فوجد البائع سلعته كان أحقَّ بها[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢]؛ لقوله ﷺ: «أيُّما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه؛ فهو أحق به من غيره»[٣]، ولأن فلس المبتاع بثمن السلعة مع بقائه على صفتها[٤]

---

(١) «المعونة» (٢ / ١١٨٤)، «التفريع» (٢ / ٢٤٩ ـ ٢٥٠)، «الرسالة» (٢٤٩)، «منتخب الأحكام» (١٩٧ ـ ١٩٨)، «الكافي» (٤١٧ ـ ٤١٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٨٦ ـ ٢٨٧)، «أسهل المدارك» (٣ / ١٢ ـ ١٣)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٣، ٣٨٤).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٣ / ١٩٩)، «مختصر المزني» (ص ١٠٢)، «المهذب» (١ / ٣٢٩)، «التنبيه» (ص ٧١)، «الوجيز» (١ / ١٧٢)، «المجموع» (١٣ / ٥٦)، «روضة الطالبين» (٤ / ١٦٨ ـ ١٦٩)، «الحاوي الكبير» (٦ / ٢٦٦ ـ ط دار الكتب العلمية)، «حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج» (٥ / ١٤٣)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٣٨١ / رقم ١١٨).
وهو مذهب الحنابلة أيضاً. انظر: «المغني» (٦ / ٥٣٨، ٥٥٠، ٥٥١)، «الإنصاف» (٥ / ٢٨٦)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٦٢)، «كشاف القناع» (٣ / ٤٢٥ ـ ٤٢٦).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٩٥ ـ ٩٦)، «اللباب» (٢ / ٧٣ ـ ٧٤)، «رد المحتار» (٦ / ١٥٢)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٠١)، «فتح القدير» (٩ / ٢٧٨)، «رؤوس المسائل» (٣٠٩)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٤٤).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس، رقم ٢٠٤٢)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري، رقم ١٥٥٩)؛ بلفظ: «من أدرك ماله بعينه. . .».

(٤) في المطبوع: «بقائها على صفتها»، وفي الأصل: «بقائه على صفته»، والمثبت من (ط).

وعدم تعلق حق الغير يوجب للبائع حق الفسخ، أصله إذا كان قبل قبض السلعة، ولأنه نوع معاوضة يلحقه الفسخ؛ فجاز أن يثبت فيه حق الفسخ بعيب ذمة من عليه الحق، أصله الكتابة، ولأن تعذر تسليم ثمن المسلم فيه عند الأجل يوجب للمسلم حق الفسخ كذلك تعذر قبض الثمن بالإفلاس مع بقاء السلعة[١].

مسألة ٨٨٦

وليس له الفسخ بموت المشتري[٢]، خلافاً للشافعي[٣]؛ لقوله ﷺ: «فإن مات فهو أسوة الغرماء»[٤]، ففرق بين الموت والفلس في إثبات الرجوع للبائع، ولأنّ قوّة حق البائع بسبب التقديم[٥] في إسقاط الغرماء واستبداده؛ ففي الفلس جعلناه أحق؛

---

(١) ما قرره المصنف هو الراجح، وعليه الأدلة الصريحة الصحيحة.
انظر في المسألة: «إحكام الأحكام» (٣/ ٢٠٠) لابن دقيق العيد، «تنقيح التحقيق» (٣/ ٢١، مسألة ٥٢٦).

(٢) «المدونة» (٤ / ١٢٢)، «المعونة» (٢ / ١١٨٦)، «الكافي» (٤١٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٨٧)، «أسهل المدارك» (٣ / ١٣)، «التلقين» (٢ / ٤٢٨)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٤)، «منتخب الأحكام» (ص ١٩٩).

(٣) «الأم» (٣ / ٢١٢)، «مختصر المزني» (١٠٢)، «المهذب» (١ / ٣٢٩)، «التنبيه» (ص ٧١)، «الوجيز» (١ / ١٧٢)، «المجموع» (١٣ / ٥٦)، «روضة الطالبين» (٤ / ١٦٨ ـ ١٦٩)، «الحاوي الكبير» (٦ / ٢٦٦)، «إخلاص الناوي» (٢ / ١٨٧)، «حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج» (٥ / ١٤٣)، «مختصر الخلافيات» (٣/ ٣٨١/ رقم ١١٨).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٢٢)، وابن ماجه (٢٣٥٨) في «سننهما»، ومالك في «الموطأ» (٢ / ٦٧٨)، وعبدالرزاق (١٥١٦١ ـ ١٥١٦٤)، وابن أبي شيبة (٦ / ٣٥ ـ ٣٦) في «مصنفيهما»، وأحمد في «المسند» (٢ / ٢٤٧)، وابن الجارود (٦٣١، ٦٣٢)، والدارقطني (٣/ ٢٩، ٣٠ و٤ / ٢٢٩ أو رقم ٤٤٥٧، ٤٤٥٨، ٤٤٥٩ ـ بتحقيقي)، والبيهقي (٦/ ٤٥ – ٤٨)، وابن حبان في «الصحيح» (٥٠٣٧ ـ «الإحسان»)؛ من حديث أبي هريرة رفعه، وبعضهم جعله من مرسل أبي بكر بن عبدالرحمٰن بن الحارث (الراوي عن أبي هريرة)، وإسناده صحيح.
وهو في «صحيح مسلم» (١٥٥٩ بعد ٢٤) بلفظ: «فهو أحق به من الغرماء».
وانظر: «تنقيح التحقيق» (٣/ ٢١، مسألة ٥٢٦) وتعليق البيهقي على أحاديث الباب.

(٥) في الأصل والمطبوع: «ولأن حق البائع بقوة سبب التقديم»، وفي هامش الأصل: «لعل أصل العبارة. . .»، وذكر ما أثبتناه.

لأن الغرماء يرجعون إلى الذمة وفي الموت لا يرجعون إلى مال ولا إلى ذمة، فلم يكن له إسقاطهم، ولأنَّ بالموت قد زال ملك المشتري عنه كما لو باعه المفلس.

مسألة ٨٨٧

إذا بذل الغرماء للبائع ثمن سلعته لم يكن له الفسخ[١]، خلافاً للشافعي[٢]؛ لأن حق الفسخ إنما يثبت له لتعذر القبض، فإذا بذل له فقد زال التعذر؛ فلم يكن له الفسخ كما لو كان المبتاع مليئاً.

مسألة ٨٨٨

إذا قبض البائع بعض الثمن ثم أفلس المبتاع؛ فهو مخير: إن شاء رد ما قبض ورجع في سلعته، أو تمسك به وحاص[٣]، وقال الشافعي: لا يكون له الفسخ[٤]، ودليلنا أن الفسخ إنما يثبت له لدفع الضرر وقوة سببه بوجود عين ماله، وذلك سواء في الكل والبعض كالشفعة، ولأنه تعذر عليه قبض حقه بالفلس مع وجود عين ماله على صفته، فكان كمن لم يقبض شيئاً من الثمن[٥].

مسألة ٨٨٩

إذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه ثم طرأ غريم آخر رجع على الغرماء بما كان نصيبه بالحصاص له لو كان حاضراً[٦]، خلافاً لمن قال: لا

---

(١) «جامع الأمهات» (ص ٣٨٢)، «منتخب الأحكام» (ص ٢٠٠)، «البيان والتحصيل» (١٠ / ٤٧٢ - ٤٧٣)، «معين الحكام» (٢ / ٧٩٥).

(٢) «المجموع» (١٢ / ٤١٥ ـ ط دار إحياء التراث)، «حاشية الشرواني» (٥ / ١٢٧).

(٣) «المعونة» (٢ / ١١٨٥)، «التفريع» (٢ / ٢٤٩ ـ ٢٥٠)، «الرسالة» (٢٤٩)، «الكافي» (٤١٧ - ٤١٨)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٣)، «معين الحكام» (٢ / ٧٩٥).

(٤) «الأم» (٣ / ١٩٩)، «مختصر المزني» (١٠٢)، «الإقناع» (١٠٥)، «شرح السنة» (٨ / ١٨٧) للبغوي، «حلية العلماء» (٤ / ٤٩٥)، «إخلاص الناوي» (٢ / ١٩٥).

(٥) هذا قول أكثر أهل العلم، قضى به عثمان، وروي عن علي ذلك، ولا نعلم لهما مخالفاً من الصحابة، وإليه ذهب عروة بن الزبير، وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق. قاله البغوي.

(٦) «المدونة» (٤ / ١١٨)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٦٠٨)، «منتخب الأحكام» (١٩٤، ١٩٥).

يرجع[١]؛ لأنه غريم لو كان حاضراً في وقت القسم لشارك الغرماء، فإذا حضر بعد القسمة لم يسقط حقه، أصله إذا قسمت التركة بينهم ثم طرأ غريم آخر.

مسألة ٨٩٠

إذا اقتسم الورثة بقية التركة بعد أخذ الغرماء حقوقهم ثم طرأ غريم آخر رجع على الورثة ولم يرجع على الغرماء[٢]، وقال أبو حنيفة[٣] والشافعي[٤]: يرجع على الغرماء. ودليلنا قوله عز وجل: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]، فجعل الميراث بعد أداء الدين؛ فدل أنه لا يستحق مع بقائه، ولأن الغرماء أخذوا ما لو كان الغريم حاضراً لم يشاركهم فيه فإذا كان غائباً لم يكن له الرجوع عليهم كما لو كان المشتري حياً، ولأن الورثة أخذوا ما لم يستحقوه بدليل أنه لو انكشف حال هٰذا الغريم قبل اقتسام الورثة بقية التركة لم يكن لهم أخذها؛ فصاروا بمنزلة من أخذ مالاً لغيره بظنه ثم انكشف له؛ فإنه يرده على مالكه.

مسألة ٨٩١

يجوز الحجر[٥] على المفلس وبيع ماله في دينه[٦]، خلافاً لأبي حنيفة في

---

(١) قال القفال في «حلية العلماء» (٤ / ٥٢٢): «إذا قسم ماله بين غرمائه ثم ظهر له غريم آخر شاركهم فيما أخذوه على قدر دينه، وحكى أصحاب مالك عن مالك نحو ذٰلك، وحكى أصحابنا عنه خلاف ذٰلك».

وقال ابن قدامة في «المغني» (٤ / ٣٣١): «وحكي عنه لا يحاصهم لأنه نقض لحكم الحاكم».

(٢) «جامع الأمهات» (ص ٣٨٢)، «البيان والتحصيل» (١٥ / ١٤٦).

(٣) «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٧٥)، «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٥ / ٢٧٥)، «الهداية» (٤ / ٥١).

(٤) «مغني المحتاج» (٣ / ٤)، «المهذب» (١ / ٣٢٧ ـ ٣٢٨)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٢٩٨).

(٥) هو صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله. انظر: «شرح حدود ابن عرفة» (٢ / ٤١٩).

(٦) «المدونة» (٤ / ١١٦)، «التفريع» (٢ / ٢٤٩ ـ ٢٥٤)، «الرسالة» (٢٤٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٨٤)، «المعونة» (٢ / ١١٨١)، «الكافي» (٤١٧، ٤٢١)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٦)، «شرح الزرقاني على خليل» (٥ / ٢٦٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ١١)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣٧)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٣٧٢).

قوله: لا يجوز الحجر عليه ولٰكن يحبس حتى يقضي الدين، ولا يجوز بيع المال على حي رشيد[١]؛ لما روي أن رسول الله ﷺ، قال لغرماء معاذ: «خذوا ماله وليس لكم غيره»[٢]، وروي: إنه حجر عليه[٣]. وحديث عمر بن الخطاب: «ألا أن أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج ثم ادَّان معرضاً، فمن كان له عليه شيء؛ فليحضر، فإنا نبيع ماله»[٤]، ولم يخالف عليه أحد، ولأن كل دين حلَّ يجوز

---

(١) «مشكل الآثار» (٥ / ١٤١ ـ ١٤٢)، «المبسوط» (٢٤ / ١٥٧)، «مختصر الطحاوي» (٩٥ ـ ٩٧)، «اللباب» (٢ / ٧٢ ـ ٧٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢١٥)، «الاختيار» (٢ / ٩٨)، «فتح القدير» (٦ / ٢٧١ ـ ٢٧٤)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٩٩)، «رد المحتار» (٦ / ١٥٠)، وأورد الدارقطني (٤ / ٢٣١ أو أثر رقم ٤٤٦١) حيث أورد مقولةً للقاضي أبي يوسف، فيها موافقته لمذهب المالكية، ثم قال: «وكان أبو حنيفة لا يحجر ولا يأخذ بالحجر».

(٢) الصحيح في هٰذا ما أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، رقم ١٥٥٦) عن أبي سعيد الخدري؛ قال: «أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمان ابتاعها، فكثر دَيْنُهُ، فقال رسول الله ﷺ: «تصَّدقوا عليه». فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذٰلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «وخذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذٰلك».

وقال النووي في «شرح صحيح مسلم» (١٠ / ٢١٨): «وهٰذا المفلس المذكور، قيل: معاذ بن جبل رضي الله عنه».

وحكاه الأبي في «إكمال إكمال المعلم» (٤ / ٢٣٤) عن القرطبي ـ وهو في «المفهم» له (٤ / ٤٢٧) ـ، وقال: «كان غرماؤه يهوداً».

وانظر: «تنبيه المعلم بمبهمات صحيح مسلم» (رقم ٦٠١) وتعليقي عليه.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٨ / ٢٦٨ ـ ٢٦٩ / رقم ١٥١٧٧)، والحارث بن أبي أسامة في «مسنده» (٤٤٦ ـ زوائده)، وإسحاق بن راهويه ـ كما في «النكت الظراف» (١٣ / ٢٧٥) و «المطالب العالية» (١ / ٤١٦ ـ ٤١٧ ـ ط الأعظمي، أو ٤ / ٧ ـ ٩ / رقم ١٥٥٨ ـ ١٥٥٩ ـ ط مؤسسة قرطبة) ـ، وأبو داود في «المراسيل» (رقم ١٧١ ـ ١٧٣)، والطبراني في «الكبير» (٢٠ / ٣٠ - ٣١)، والعقيلي (١ / ٦٨)، والدارقطني في «السنن» (٤ / ٢٢٠ ـ ٢٢١ أو رقم ٤٤٦٠)، وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٣ / ٥٨٧ ـ ٥٨٨)، والحاكم في «المستدرك» (٣ / ٢٧٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٤٨)؛ من طرق، الموصول منها ضعيف، وأصح ما ورد في الباب المرسل. وانظر: «المطالب العالية» (٤ / ٩)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٥ ـ ٢٦)، «التلخيص الحبير» (٣ / ٢٧).

(٤) أخرجه مالك (٢ / ٧٧٠)، وابن المبارك في «الزهد» (١٠١٠)، والدارقطني في «العلل» (٢ / ١٤٨)، وابن أبي شيبة (٧ / ٢١٩)، والبيهقي (٦ / ٤٩)، وابن حزم (٨ / ١٧١) موصولاً ومرسلاً عن عمر، ورجح الدارقطني الموصول، وانظر «التلخيص الحبير» (٣ / ٤٠ - ٤١).

أن يباع فيه العرض[١] كالدين على الميت.

مسألة ٨٩٢

إذا تصرف المفلس في أعيان ماله بعد الحجر لم ينفذ تصرفه[٢]، خلافاً لأحد قولي الشافعي[٣]؛ لأنه محجور عليه بأمر حاكم فلم ينفذ تصرفه في ماله كالمحجور لسفه[٤].

مسألة ٨٩٣

إذا أقرَّ المحجورُ عليه للناس بدين بعد الحجر تعلّق بذمته ولم يشارك المقر لهم في ماله لغرمائه المحجور عليه لأجلهم[٥]، خلافاً للشافعي[٦]؛ لأنه بهٰذا الإقرار يريد أن يقطع حق الغرماء من المال أو من بعضه بقوله ولا سبيل له إلى ذٰلك.

مسألة ٨٩٤

الدَّين المؤجَّل يحلُّ بموت مَنْ هو عليه[٧]، خلافاً لما يحكى عن الحسن[٨]

---

(١) في الأصل والمطبوع: «ولأن كل دين جاز أن يبيع العرض»، وفي هامش الأصل: «لعل الأصل. . .»، وذكر ما أثبتناه.

(٢) «المدونة الكبرى» (٤ / ١٩٨)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٦)، «شرح الزرقاني على خليل» (٢ / ٢٣١)، «البيان والتحصيل» (١٠ / ٤٩٥)، «منتخب الأحكام» (١٩٢، ١٩٥).

(٣) «حاشية القليوبي وعميرة» (٣ / ١٨٦)، «حلية العلماء» (٤ / ٤٨٧ ـ ٤٨٨).

(٤) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٥) «المدونة الكبرى» (٤ / ١١٧)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٦)، «منتخب الأحكام» (١٩٤ ـ ١٩٥).

(٦) «روضة الطالبين» (٤ / ١٣٣)، «الوسيط» (٤ / ١٠ ـ ط السلام)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٥٠)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٣١٩)، «إخلاص الناوي» (٢ / ١٨٨).

(٧) «المدونة» (٤ / ١٠٨ ـ ١١١)، «الكافي» (٤١٩)، «المعونة» (٢ / ١١٨٤)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨١)، «منتخب الأحكام» (١٩٦).

وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «المبسوط» (٢٠ / ٢٨)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٧٥ و٥ / ٢٣٥ ـ ٢٣٦)، «مختصر الطحاوي» (ص ٤٢١).

(٨) أسند عنه عبدالرزاق في «المصنف» (٨ / ٣) مثل مذهب المالكية ـ وذكره عنه كذٰلك ابن حزم في =

وغيره[١]؛ لأن الدين كان متعلقاً بالذمة، فإذا خربت لم يبق له محل يتعلق به، فوجب انتقاله إلى التركة، وذٰلك يقتضي حلوله، ولأنا لو قلنا: لا يحل لم يخل أن يبقى على ذمة الميت، وذٰلك باطل بخرابها أو يتعلق بذمة الوارث، وذٰلك باطل أيضاً أو بالتركة، فيجب قضاؤه منها ولا يجوز تركه؛ لأن فيه إضراراً بالورثة أو تعريض المال للتلف من حيث لا منفعة للغرماء فيه[٢].

مسألة ٨٩٥

تحل الديون المؤجلة بالفلس[٣]، خلافاً لأحد قولي

= «المحلى» (٨ / ٨٥)، وابن المنذر في «الإشراف» (١ / ١٢٢).

وقال ابن قدامة في «المغني» (٤ / ٤٣٥): «حكي عن الحسن أنه إن مات وعليه ديون مؤجلة فهي لا تحل بالموت، وإنما هي إلى آجالها»، وذكر الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢٣٦) والقفال في «حلية العلماء» (٤ / ٥١٩) عنه نحوه.

والأول هو الأصح عن الحسن. قاله الدكتور قلعجي في «موسوعة فقه الحسن البصري» (١ / ٤٠٨).

(١) حكاه الجصاص (٥ / ٢٣٦) عن زفر أيضاً، وقال: «وقال أبو يوسف: يباع لهم جميعاً بالحصص، فيعطى من حلَّ دينه، ومن لم يحل، حبس عليه حتى يحل».

وقال (٤ / ٢٧٥): «قال طاوس وابن سيرين: إذا مات فدينه إلى أجله، وهو قول عمر بن عبدالعزيز، وأبان بن عثمان، وسعد بن إبراهيم، وأبي بكر بن عمرو بن حزم وأبيه، وروى خالد بن الحارث عن عبيدالله بن الحسن: أن الدين إلى أجله، إذا ترك عيناً أو أرضاً تغلُّ، وروى عنه عبدالرحمٰن بن مهدي: أنه إن ترك عيناً، حلَّ دينه، وإن ترك أرضاً لم يحل، وهو إلى أجله.

وروى عنه خالد بن الحارث في موضع آخر: إنه إن ترك عيناً واحدة حلَّ دينه، وإن ترك أرضاً وعيناً لم يحل؛ إلا أن تكون العين وحدها»، ونقله القفال في «حلية العلماء» عن أحمد (٤ / ٥١٩).

(٢) لا يخلو الميراث في هٰذه المسألة من أن يعطاه أو يمنعوه، أو يوقف منه بمقدار الدَّين، ويعطون الباقي، فإن أعطيناه الورثة مع الدين، كان خلاف الآية؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]، وإنْ وقفناه أوقفنا منه بمقدار الدين، لم يكن فيما وقف نفع لأحد، لا للورثة ولا للغرماء، وإنما يصح معنى الأجل فيما ينتفع به لأجل التأجيل، فلما لم يكن في التأجيل حق لأحد بطل وحلَّ الدين. قاله الجصاص.

(٣) «المدونة» (٤ / ١٠٨ ـ ١١١)، «التفريع» (٢ / ٢٤٩)، «الكافي» (٤١٧ ـ ٤١٨)، «المعونة» (٢ / ١١٨٤)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨١)، «منتخب الأحكام» (١٩٦).

الشافعي[1]؛ لأنه معنى يوجب تعلق الديون التي في الذمة بأعيان الأموال؛ كالموت.

مسألة ٨٩٦

لا يؤاجر المفلس ولا يلزم إن كان ذا صنعة أن يتكسب بها[2]، خلافاً لما يحكى عن أحمد وإسحاق[3]؛ لما روي أن معاذاً كثر دينه فلم يزد أن جعل رسول الله ﷺ ماله بين غرمائه[4]، وروي أنه ﷺ قال لغرمائه: «خذوا ماله وليس لكم غيره»[5]، ولأن ما ذكروه كسب والمفلس لا يجبر على الكسب كما لا يجبر على قبول الهبة ولا على أن يسأل الناس ولا على أن يطلق زوجته ليرجع بنصف المهر.

مسألة ٨٩٧

إذا ثبت إعسار المفلس خُلِّي ولم يكن للغرماء ملازمته[6]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله لهم أن يلازموه ولا يمنعوه التصرف[7]؛ لما روي أنَّ رجلاً ابتاع ثياباً فأصيب

(١) «الأم» (٣ / ٢١٢)، «مختصر المزني» (١٠٤ ـ ١٠٥)، «الإقناع» (١٠٥)، «الحاوي الكبير» (٧ / ٤٥٦)، «حلية العلماء» (٤ / ٥٠٠)، «إخلاص الناوي» (٢ / ١٨٩ ـ ١٩٠).

(٢) «المعونة» (٢ / ١١٨٣)، «الكافي» (٤٢٢)، «أسهل المدارك» (٣ / ١٤ ـ ١٥)، «مواهب الجليل» (٥ / ٤٢)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٢).

(٣) «المغني» (٦ / ٥٨١ ـ ٥٨٢)، «الإنصاف» (٥ / ٣١٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٣)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٧٠)، «كشاف القناع» (٣ / ٤٣٩). وانظر: «حلية العلماء» (٤ / ٤٨٤).

(٤) مضى تخريجه.

(٥) مضى تخريجه.

(٦) «المدونة» (٤ / ١٠٥)، «التفريع» (٢ / ٢٤٧)، «المعونة» (٢ / ١١٨٣)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٣)، «تفسير القرطبي» (٤ / ١١٧)، «المنتقى» (٥ / ٨٢).

(٧) المذكور في كتبهم أنه لا يلازمه فضلاً عن منعه من التصرف.
انظر: «مشكل الآثار» (٢ / ٣٥٩ ـ ط الهندية)، «مختصر الطحاوي» (٩٦)، «اللباب» (٢ / ٧٤).
وذكر الجصاص أن سوار بن عبدالله وعُبيدالله بن الحسن؛ قالا: للغرماء أن يدفعوه في ضيعةٍ، فيكون لغرمائه فضل كسبه عن نفقته.
انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٨١).

بها وكَثُرَ دينُه، فقال النبي ﷺ: «تصدَّقوا عليه»، فلم يفِ بدينه، فقال لغرمائه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذٰلك»(١)، ولأن كل دين لم يملك المطالبة به لم يلزمه الملازمة لأجله كالدين المؤجل.

مسألة ٨٩٨

إذا فُكَّ الحجر على المفلس فتصرف وداين آخرين فركبه دينٌ وحجر عليه، فإن الغرماء الآخرين أحق بهٰذا المال من الغرماء الأولين(٢)، وقال الشافعي: يقسم ماله بين الجميع(٣)؛ فدليلنا أن الغرماء المتأخرين أقوى سبباً؛ لأن هٰذا المال كأنه عين مالهم أو بدله؛ فكانوا أقوى سبباً من الأوائل كالذي يجد سلعته فيكون أقوى وأحق بها من غيره.

[وصلى الله على سيدنا محمد](٤)

---

(١) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، رقم ١٥٥٦) عن أبي سعيد الخدري رفعه.
وفي قوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ما يساعد على ترجيح مذهب المالكية ـ وهو مذهب الجمهور ـ؛ إذ يوجب الله عز وجل تأخيره، فصار كالدين المؤجَّل فيمنع لزومه.
ثم إن تركه يسعى على نفسه وعياله أنفع له ولغرمائه، فلعل الله يرزقه وفاءً لدينه، نعم، يقال بالملازمة والمنع من التصرف إن قامت القرائن على اتِّهامه بتغييب المال، مثل التجار الذين يأخذون أموال الناس، فيقعدون عليها، ويقول الرجل منهم: قد ذهبت مني ولا يعرف ذٰلك إلا بقوله، وهو في موضعه، لا يعلم أنه سُرِق ماله، ولا احترق بيته، ولا دخلت عليه مصيبة؛ فهٰؤلاء يحبسون أبداً، حتى يوفُّوا الناس حقوقهم. قاله مالك فيما نقل ابن القاسم في «المدونة» (٤ / ١٠٦) وعنه ابن أبي زمنين في «منتخب الأحكام» (ص ١٩٠ ـ ١٩١).
وثبت في «الصحيحين» عن أبي هريرة رفعه إلى النبي ﷺ: «مطل الغني ظلم»، فإذا كان مطل الغني ظلماً فمطل الذي ليس بغني ليس بظلم، ولا مطالبة عليه أبداً، وإذا سقطت المطالبة زالت الملازمة.
وانظر: «المحلى» (٨ / ١٧)، «أخبار القضاة» (٢ / ٩).

(٢) «منح الجليل» (٦ / ٩٩)، «شرح الزرقاني على خليل» (٥ / ٢٦٩)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٩٨).

(٣) «المجموع» (١٢ / ٤٧٠ ـ ط دار إحياء التراث).

(٤) سقط من المطبوع.

كتاب الحجر

مسألة ٨٩٩

يحكم في البلوغ بالإنبات[١]، وقال أبو حنيفة: لا يعتبر به أصلاً[٢]، وقال الشافعي: يعتبر به في الكفار، وفي المسلمين له قولان[٣].

فدليلنا حديث سعد؛ قال: حكَّمني رسول الله ﷺ في بني قريظة فكنا نكشف عن مؤتزرهم، فمن أنبت منهم قتلناه، ومن لم ينبت جعلناه في الذراري، وقال ﷺ: «ما فعلت؟». فأخبرتُه، فقال: «حكمتَ بحكم الله عز وجل»[٤]. وروي: «الجزية

---

(١) «المعونة» (٢ / ٢٥٦)، «الكافي» (٤٢٤)، «المقدمات الممهدات» (٢ / ٣٤٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٥)، «مواهب الجليل» (٥ / ٥٩)، «منح الجليل» (٦ / ٨٧).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «الإنصاف» (٥ / ٣٢٠)، «المغني» (٦ / ٥٩٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٧)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٧٣)، «كشاف القناع» (٣ / ٤٤٤).

(٢) «اللباب» (٢ / ٧١)، «البدائع» (٩ / ٤٤٧٠)، «الهداية» (٨ / ٢٥٤)، «رؤوس المسائل» (٣١٣)، «الاختيار» (٢ / ٩٥)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٠٣)، «فتح القدير» (٩ / ٢٧٠)، «حاشية الطحطاوي» (٤ / ٨٧)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ١٥٣ ـ ١٥٤).

(٣) «الأم» (٣ / ٢١٥)، «مختصر المزني» (١٠٥)، «المهذب» (١ / ٣٣٠ ـ ٣٣١)، «الوجيز» (١ / ١٧٦)، «روضة الطالبين» (٤ / ١٧٨)، «المنهاج» (٥٩)، «المجموع» (١٣ / ١٩، ٢٥)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٣٥٨)، «حلية العلماء» (٤ / ٥٣٣)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٣٩١ / رقم ١٢٢)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٠٥ ـ ٢٠٦، ٢٠٧).

(٤) أخرج البخاري في «صحيحه» (كتاب الجهاد والسير، باب إذا نزل العدو على حكم رجل، رقم ٣٠٤٣)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد، رقم =

على من جرت عليه الموسى»[١].

(فصل): ودليلنا على الشافعي أن كل ما جاز أن يكون بلوغاً أو دلالة على البلوغ في الكافر جاز أن يكون كذلك على المسلم، أصله السن والبلوغ بالاحتلام، ولأنَّ دلالته على ذلك ليست لمعنى يرجع إلى الدّين، وإنما هو لمعنى يتعلق بالعادات، وهو يستوي فيه المسلم والكافر، ولأن كل شخص ثبت بلوغُه بالاحتلام جاز أن يثبت بالإنبات، أصله الكافر، ولأن قبول الشهادة وغير ذلك من حقوق البلوغ وأحكامه؛ فجاز أن يثبت بالإنبات، أصله أخذ الجزية من الكافر.

مسألة ٩٠٠

ليس في السن المعتبرة في البلوغ حد؛ إلا أن أصحابنا قالوا: سبع عشرة أو ثماني عشرة سنة[٢]، وقال الشافعي: حده خمس عشرة

= ١٧٦٨)، حكم سعد فيهم من حديث أبي سعيد، وقول النبي ﷺ المذكور، وقوله هنا عن سعد: «كنا نكشف. . .» شاذ، فسعد لم يتول تفتيشهم، وإنما تولاه غيره، وقد دمج المصنف بين عدة أحاديث. وانظر: «التلخيص الحبير» (٣ / ٤٢)، «المعجم الصغير» (١ / ٦٦) للطبراني، «الآحاد والمثاني» (٤ / ٢٠٥) والتعليق عليه.

(١) أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٨٥ـ٨٦ / رقم ١٠٠٩٠، ١٠ / ٣٢٩ـ٣٣٠، ٣٣١ / رقم ١٩٢٦٧، ١٩٢٧٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ٢١٧)، وأبو عبيد في «الأموال» (٣٧)، وابن زنجويه في «الأموال» (١ / ١٥١)، وأبو يوسف في «الخراج» (٧٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩ / ١٩٥، ١٩٨)، وابن حزم في «المحلى» (٧ / ٣٤٧)؛ عن عمر في كتابٍ له إلى أمراء الأجناد.
ومعنى الأثر: الجزية على من نبتت عانته؛ لأن المواسي إنما تجري على من أنبت، أراد من بلغ الحُلُم من الكفار. انظر: «النهاية» (٤ / ٣٧٢).

(٢) «المعونة» (٢ / ١١٧٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٨٠ ـ ٢٨١)، «أسهل المدارك» (٣ / ٥ ـ ٨)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٥)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٩٧)، «مواهب الجليل» (٥ / ٥٩)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٣٥)، «منح الجليل» (٦ / ٨٧)، «الخرشي» (٥ / ٢٩١)، «حاشية الدسوقي» (٢٦٤).
ومذهب الحنفية: حتى يتم له ثماني عشرة سنة والجارية بالحيض، وإلا؛ فمتى يتم لها سبع عشرة سنة. انظر: «الاختيار» (٢ / ٩٥)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٠٣)، «فتح القدير» (٩ / ٢٧١)، «رد المحتار» (٦ / ١٥٣)، «حاشية الطحطاوي» (٤ / ٨٧).

سنة[١]، وذكره بعض أصحابنا عن ابن وهب[٢]، ودليلنا قوله عز وجل: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٩]، وقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث. . .» فذكر «الصبي حتى يحتلم»[٣]، ولأن من جعل خمس عشرة حد البلوغ لا يخلو أن يكون تعلقاً بأكثر ما في العدد أو تعلقاً بوجود ذٰلك في العادة، وكل ذٰلك باطل[٤].

مسألة ٩٠١

إيناس الرشد في الغلام هو إصلاح ماله وتأتيه للثمرة ومصلحته وأن لا يكون مبذراً له ولا تراعى عدالته في دينه ولا فسقه، فإذا بلغ على هٰذه الصفة سلم إليه ماله وإن كان فاسقاً[٥]، وقال الشافعي: لا يسلم إليه ماله إلا أن يكون مصلحاً لماله

---

(١) «مختصر المزني» (ص ١٠٥)، «السنن الكبرى» للبيهقي (٦ / ٥٤ ـ ٥٨)، «المجموع» (١٣ / ١٩)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (١٣ / ١٢)، «الروضة» (٤ / ١٧٨)، «الحاوي» (٦ / ٣٤٢)، «روضة الطالبين» (٤ / ١٧٨)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٣٠٠ و٣ / ٢، ١٢٧)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٣٥٧)، «حلية العلماء» (٤ / ٥٣٣)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٣٨٩ / رقم ١٢١)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٠٥).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «الإنصاف» (٥ / ٣٢٠)، «المغني» (٦ / ٥٩٨)، «تنقيح التحقيق» (٢ / ٢٧ ـ ٢٨)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٧٣)، «كشاف القناع» (٣ / ٤٤٣)، «مطالب أولي النهى» (٣ / ٤٠٢).

وهو مذهب الأوزاعي.

انظر: «فقه الإمام الأوزاعي» (٢ / ٢٥٣ ـ ٢٥٤).

(٢) «مواهب الجليل» (٥ / ٥٩)، «جامع الأمهات» (٣٨٥)، «منح الجليل» (٦ / ٨٧).

ونقله عنه النووي في «المجموع» (١٣ / ٢١) أيضاً.

(٣) مضى تخريجه.

(٤) ثبت في «الصحيحين» عن ابن عمر أن النبي ﷺ عرضه يوم أحد، وهو ابن أربع عشرة، فلم يجزه، ثم عرضه يوم الخندق، وهو ابن خمس عشرة سنة، فأجازه.

وفي «جامع الترمذي» (١٣٦١، ١٧١١) و«سنن البيهقي» (٢ / ٨٣ و٦ / ٥٥) قال عبدالله: «عرضت على النبي ﷺ يوم أحد، وأنا ابن أربع عشرة، فلم يجزني، ولم يرني بلغت».

(٥) «المدونة» (٤ / ١٠٥، ١١٥)، «التفريع» (٢ / ٢٥٦)، «الكافي» (٤٢٤)، «المعونة» (٢ / =

غير فاسق في دينه[١].

فدليلنا أن الفسق في الدين إذا لم يكن معه تبذير في المال لا يوجب السفه، دليله إذا طرأ بعد البلوغ والعدالة، ولأنه لو كان يوجب الحجر أو من شرط فك ذٰلك الحجر لوجب أن يكون (واجباً لذٰلك وإن طرأ بعد التبذير البلوغ، ولأنه لو كان يوجب الحجر أو من شرطه ذٰلك الحجر لوجب أن يكون)[٢] موجباً لذٰلك وإن طرأ بعد البلوغ كالتبذير، ولأن كل ما طرأ على البالغ المصلح له لا يوجب الحجر عليه؛ فكذٰلك لا يوجب استدامته بعد البلوغ كسائر أفعاله[٣].

مسألة ٩٠٢

إذا بلغ الصبي وكان مبذراً مضيعاً لماله استديم الحجر عليه أبداً ما دام على ذٰلك[٤]، وقال أبو حنيفة: إذا بلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه ماله وإن كان مبذراً

= ١١٧٢)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٥)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٣٧ـ٣٨)، «فصول الأحكام» (١٥٥ ـ ١٥٦)، «أحكام القرآن» (١ / ٣٢٢) لابن العربي.

(١) «الأم» (٣ / ٢١٥)، «مختصر المزني» (١٠٥)، «الإقناع» (١٠٤)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٣٠١)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٣٦٥ ـ ٣٦٦)، «زاد المحتاج» (٢ / ١٨٨ ـ ١٨٩)، «حلية العلماء» (٤ / ٥٣٧ ـ ٥٣٨)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٠٨).

(٢) كذا وضع الناسخ الهلالين، وفي هامش الأصل: «لعل في الكلام تكريراً أو تحريفاً، فالوجه حذف ما بين الهلالين».

(٣) أخرج مسلم في «صحيحه» (كتاب الجهاد والسير، باب النّساء الغازيات يُرْضَخُ لهن ولا يسهم، رقم ١٨١٢) بسنده إلى يزيد بن هرمز: أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأله عن خمس خِلال، منها: ومتى ينقضي يُتم اليتيم؟ فكتب إليه ابن عباس: «وكتبت تسألني: متى ينقضي يتم اليتيم؛ فلعمري! إن الرَّجُلَ لتنبتُ لحيتُه وإنه لضعيف الأخذ لنفسه، ضعيف العطاء منها، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما يأخذ الناس فقد ذهب عنه اليُتم».

(٤) «المدونة» (٤ / ١٠٥)، «التفريع» (٢ / ٢٥٦)، «الكافي» (٤٢٣، ٤٢٤)، «المعونة» (٢ / ١١٧١)، «فصول الأحكام» (ص ١٥٧ ـ ١٥٨)، «مواهب الجليل» (٥ / ٥٧)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٧٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ٧)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٣٠ ـ ٣١)، «منتخب الأحكام» (٢٠١)، «المفيد للحكام» (١ / ٢٩٧)، «معين الحكام» (٢ / ٧١١)، «تحفة الحكام» (٢ / ٢٠٣ ـ ٢٠٤)، «شرح الزرقاني على خليل» (٥ / ٢٩٦)، «منح الجليل» (٦ / ٨٤).
وهٰذا مذهب أحمد. انظر: «الإنصاف» (٥ / ٣٣٣، ٥ / ٣١٨)، «المغني» (٦ / ٦٠٩)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٥٦)، «كشاف القناع» (٣ / ٤٤٢)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٨ ـ ٢٩).

مضيعاً[١].

فدليلنا قوله عز وجل: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء: ٦]، فشرط في جواز الدفع إليهم شرطين: البلوغ، وإيناس الرشد، ومن كان مبذراً مضيعاً لم يؤنس منه الرشد، ولأن كل من لم يكن مصلحاً لماله أو كان مبذراً مضيعاً له لم يجز دفعه، كالمجنون ومن لم يبلغ خمساً وعشرين سنة[٢].

مسألة ٩٠٢

ولا ينفك الحجر عن الصغيرة وإن بلغت حتى تتزوج ويدخل بها زوجها وتكون حافظة لمالها[٣]، وقال أبو حنيفة[٤]

---

(١) «مختصر الطحاوي» (ص ٩٧)، «المبسوط» (٢٤ / ١٥٧)، «أحكام القرآن» (١ / ٤٩٠) للجصاص، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢١٥)، «الاختيار» (٢ / ٩٦)، «فتح القدير» (٦ / ٢٥٩)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٩٤ ـ ١٩٥)، «رد المحتار» (٦ / ١٤٧)، «اللباب» (٢ / ٦٦)، «إيثار الإنصاف» (٣٨١).

(٢) أخرج الترمذي (١٢٥٠) وأبو داود (٣٥٠١) والنسائي (٧ / ٢٥٢) وابن ماجه (٢٣٥٤) والدارقطني (٣ / ٥٥ ـ أو رقم ٢٩٧٤ ـ ٢٩٧٦ ـ بتحقيقي) والبيهقي (٦ / ٦٢) في «سننهم»، وأحمد (٣ / ٢١٧) وأبو يعلى (٢٩٥٢) في «مسنديهما»، وابن حبان في «صحيحه» (٥٠٤٩، ٥٠٥٠ ـ «الإحسان»)، والحاكم في «المستدرك» (٤ / ١٠١)، وابن الجارود في «المنتقى» (٥٦٨)؛ عن أنس: أنَّ رجلاً كان في عُقْدَته ضَعْفٌ، وكان يُبايع، وأنَّ أهله أتوا النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله! احْجُرْ عليه. فدعاه نبيُّ الله ﷺ فنهاه، فقال: يا رسول الله! إني لا أَصْبِرُ عن البيع. فقال: «إذا بايعتَ فقل: هاءَ وهاءَ، ولا خِلابة».

ففي هذا الحديث أنهم سألوا الحجر عليه، ولم ينكر النبي ﷺ عليهم، وإنما علمه ما يدفع به الغبن، ولم يكن مبذِّراً للمال في المعاصي باختياره؛ كالسفيه المبذر. وانظر: «التفليس والحجر» (ص ٤٥ ـ ٤٨).

(٣) «المعونة» (٢ / ١١٧٣)، «التفريع» (٢ / ٢٥٦)، «الكافي» (٤٢٣)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٨٠ ـ ٢٨١)، «المقدمات» (٢ / ٣٤٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٦)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٣٨ ـ ٣٩)، «فصول الأحكام» (١٥٨ ـ ١٥٩)، «معين الحكام» (٢ / ٧١٦، ٧١٨، ٧٢٠)، «منح الجليل» (٦ / ٩٧).

(٤) «الاختيار» (٢ / ٩٥)، «اللباب» (٢ / ٧١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢١٥ ـ ٢١٦).

والشافعي[١]: ينفك عنها الحجر بنفس البلوغ من غير حاجة إلى تزويج.

فدليلنا أن كل حال جاز للأب إنكاحها بغير إذنها كان الحجر على المال مستداماً فيها؛ كالصغيرة، ولأن البنت لا تخبر مصلحتها ولا تعرف المعاملات ولا تخبر معانيها ومصالح المال بنفس البلوغ دون التزويج؛ لأنها إذا زوجت ودخل بها عرفت حينئذ الأمور وخبرتها، فحينئذ ينفك الحجر عنها[٢].

مسألة ٩٠٤

يبتدأ الحجر على البالغ إذا كان مبذراً لماله مضيعاً له[٣]، وقال أبو حنيفة: لا

---

(١) «مختصر المزني» (١٠٥)، «الحاوي الكبير» (٧ / ٨)، «المهذب» (١ / ٣٣٨)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٣٠٢)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٦٩ ـ ١٧٠)، «زاد المحتاج» (٢ / ١٨٦)، «حلية العلماء» (٤ / ٥٣٧)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٠٧).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٤ / ٥١٧ ـ مع «الشرح الكبير»).
ونقله عن عطاء والثوري وأبي ثور وابن المنذر أيضاً.
وهٰذا مذهب الظاهرية، ونقله ابن حزم عن الثوري وأبي ثور.
انظر: «المحلى» (٨ / ٣٠٩ و٩ / ٦٩٨)، و «معجم فقه السلف» (٥ / ٢١٠).

(٢) الوطء بإدخال الحشفة لا يزيد في رشد المرأة إذا كانت عارفة بجميع أمورها ومقاصدها غير مبذرة، وزوال الولاية إنما قيد في النصوص الشرعية بالبلوغ وإيناس الرشد؛ فالبيع الذي لا خديعة فيه ولا غش، والصدقة والعطية فيما أبقى غنى، كل ذٰلك يصح إمضاؤه من المرأة التي بلغت وعقلت ورشدت، مثلها مثل الرجل، وفيما عدا هٰذا ضيق وحرج على فتيات المسلمات في أموالهن وتصرفاتهن.
انظر: «نيل الأوطار» (٥ / ٢٤٨)، «الأحكام التي تخالف فيها المرأة الرجل» (ص ٣٢١ ـ ٣٢٨).
«التفليس والحجر» (ص ٦٤ ـ ٧٠).

(٣) «المعونة» (٢ / ١١٧٢)، «التفريع» (٢ / ٢٥٦)، «الكافي» (٤٢٣ ـ ٤٢٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٧٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ٧)، «مواهب الجليل» (٥ / ٥٧)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٥)، «منتخب الأحكام» (٢٠١)، «المفيد للحكام» (١ / ٢٩٧)، «معين الحكام» (٢ / ٧١١)، «شرح الزرقاني على خليل» (٥ / ٢٩٦).
وهٰذا مذهب الشافعية.

يحجر على البالغ ابتداءً[1].

فدليلنا قوله عز وجل: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فأثبت الولاية على السفيه، وذٰلك يفيد ثبوت الحجر عليه، وحديث حبان بن منقذ سأل أهله الحجر عليه فلم ينكر ﷺ ذٰلك[2]، ولأن علياً رام الحجر على عبدالله بن جعفر، وسأل عثمان ذٰلك؛ فلم ينكر عليه وقال: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير[3]؟! وإنما أراد أن دخول الزبير معه في الشركة ينفي أن يظن به إضاعة المال ولم يعرف من أحد إنكار ذٰلك، ولأن كل معنى لو قارن البلوغ منع دفع المال إليه وأوجب بقاء الحجر عليه، فإذا حدث بعد البلوغ ابتدىء عليه به الحجر؛ كالجنون[4].

مسألة ٩٠٥

لا يجوز للمرأة التصرف في أكثر من ثلث مالها لغير معاوضة إلا بإذن

= انظر: «الأم» (٣ / ٢١٨)، «المهذب» (١ / ٣٣٨)، «التنبيه» (ص ٧٣)، «الوجيز» (١ / ١٧٦)، «روضة الطالبين» (٤ / ١٨٢)، «المنهاج» (ص ٥٩)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٣٥٤)، «حواشي الشرواني والعبادي» (٥ / ١٦٠، ١٦٦ ـ ١٦٧)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٣٨٦ / رقم ١٢٠).

(١) «مختصر الطحاوي» (٩٧)، «اللباب» (٢ / ٦٨)، «الهداية» (١ / ٢٨١، ٢٨٥)، «المبسوط» (٢٤ / ١٥٧)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٤٦٤)، «الاختيار» (٢ / ٩٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢١٥ ـ ٢١٦)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٩٤ ـ ١٩٥)، «فتح القدير» (٩ / ٢٥٩)، «الفتاوى الهندية» (٣ / ٦٣٧)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ١٤٧)، «رؤوس المسائل» (٣١٠).

(٢) مضى تخريجه.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٨ / ٢٦٧ / رقم ١٥١٧٦)، والجصاص في «أحكام القرآن» (١ / ٤٩٠) و «اختلاف العلماء» (٥ / ٢١٩ ـ مختصره)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٦١)، وابن حزم في «المحلى» (٨ / ٢٨٤، ٢٨٥).
وإسناده صحيح. وانظر: «التلخيص الحبير» (٣ / ٤٣).

(٤) ويدل عليه أيضاً ما تقدم عن معاذ في التعليق على مسألة (رقم ٨٩١).
وانظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٨).

زوجها[١]، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعي[٣]: لها أن تتصرف فيه بالهبة والصدقة من غير اعتبار بإذنه.

فدليلنا قوله ﷺ: «لا يحل لامرأة ملك زوجها بضعها أن تتصرف في مالها إلا بإذنه»[٤]، وقوله: «تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها»[٥]، وذلك يوجب تعلق حق

---

(١) «المدونة» (٥ / ٢٨٥)، «المعونة» (٢ / ١١٧٩)، «التفريع» (٢ / ٢٥٦)، «الكافي» (٤٢٤ أو ٢ / ٨٣٤)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٧)، «فصول الأحكام» (٢٢٣ ـ ٢٢٤)، «أصول الفتيا» (ق ٤٣ / ب) لابن الحارث، «التاج والإكليل» (٥ / ٧٨)، «القوانين الفقهية» (٢٧٦)، «الفروق» (٣ / ١٣٦)، «تهذيبه» (٣ / ١٧١)، «الخرشي» (٥ / ٣٠٦، ٣٠٧)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٣٤، ٣٨، ٣٩)، «شرح الزرقاني» (٥ / ٣٠٦ ـ ٣٠٧)، «مواهب الجليل» (٥ / ٩٧)، «عدة البروق» (رقم٨٥٨، ٨٥٩).

(٢) «الحجة على أهل المدينة» (٣ / ٤٨٧)، «شرح معاني الآثار» (٤ / ٣٥١)، «المبسوط» (٢٦ / ٢٨)، «الهداية» (٤ / ٥)، «بدائع الصنائع» (٧ / ١٩٧)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٠٨)، «إعلاء السنن» (١٦ / ١٢٨).

(٣) «الحاوي الكبير» (٧ / ١٩)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٧٠)، «المجموع» (٦ / ١٩٥)، «معالم السنن» للخطابي (٥ / ١٩٤)، «حلية العلماء» (٤ / ٥٣٧).

وهذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٤ / ٥١٨ ـ مع «الشرح الكبير»)، «الفروع» (٤ / ٣٥٣)، «المبدع» (٤ / ٣٥٣)، «الإنصاف» (٥ / ٣٥٢)، «كشاف القناع» (٣ / ٤٤٨)، «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين» (١ / ٣٧٨).

والظاهرية. انظر: «المحلى» (٩ / ٢٣٤ ـ ٢٣٥).

(٤) أخرجه أبو داود في «سننه» (كتاب البيع، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم ٣٥٤٦)، والنسائي في «سننه» (٥ / ٦٥ - ٦٦ و٦ / ٢٧٨)، وابن ماجه في «سننه» (كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم ٢٣٨٨)، وأحمد في «مسنده» (٢ / ٢٢١)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٤٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٦٠)؛ من طرق عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

وهو حسن.

انظر: «نيل الأوطار» (٦ / ١٨)، «إتحاف المهرة» (٩ / ٤٩٩، ٥٢٥).

(٥) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، رقم ٥٠٩٠)، ومسلم في =

الزوج بمالها، ولأن في تبقية مالها حقوقاً للزوج لأن العادة جارية بأن الزوج قد ينبسط في مال زوجته وجهازها وينتفع به، وكذٰلك يجب عليها عند التجهيز له، وله في ذٰلك جَمَال ومنفعة وعليه يدخل في العرف ويبين ذٰلك أن صداق المثل يقل ويكثر لقلة مالها وكثرته، وفي إتلافه إسقاط حق الزوج منه، فلم يجز[١].

مسألة ٩٠٦

طلاق المحجور عليه وخلعه ينفذ[٢]، خلافاً لما يحكى عن ابن أبي ليلى[٣]

= «صحيحه» (كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، رقم ١٤٦٦)؛ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(١) الإذن من أجل مصلحة المرأة والأسرة، ولذا حمل الجمهور الحديث المذكور على «حسن العشرة، واستطابة نفس الزوج بذٰلك»؛ فهو محمول «على الأدب والاختيار»، ويحتمل أن يكون المراد: المرأة غير الرشيدة، وانبساط الرجل في مال زوجته منقوض بالمرأة، فإنها تنبسط بمال زوجها عادة، ولها النفقة منه، وانتفاعها بماله، وليس لها الحجر عليه اتفاقاً.
وأجاز الله عفوهن في قوله: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فلما أجاز عفوهن عن مالهن بعد طلاق أزواجهن إياهن بغير استئمار من أحد، دل على جواز أمر المرأة في مالها، وعلى أنها فيه كالرجل، وهنالك أحاديث كثيرة، حث فيها النبي ﷺ النساء على الصدقة، وَفَعَلْن، وظاهرها يدلل على عدم اشتراط إذن الزوج.
بقي تحديد المنع بالثلث، ليس فيه توقيف، ولا عليه دليل، والله أعلم.
انظر: «سبل السلام» (٣ / ٨٨٢)، «نيل الأوطار» (٦ / ١٨)، «معجم فقه السلف» (٥ / ٢١٠)، «الأحكام التي تخالف فيها المرأة الرجل» (ص ٣٢٩ ـ ٣٣٨)، «أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي» (١ / ١٠٥ ـ ١١٤ و٢ / ٥٥٧ ـ ٥٦٨) (مهم)، «الملكية في الشريعة الإسلامية» (٢ / ١٥٦ ـ ١٦٤) للعبادي.

(٢) «جامع الأمهات» (ص ٣٨٦)، «شرح الزرقاني على خليل» (٥/ ٢٦٧)، «عدة البروق» (رقم ٨٦٢).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «المهذب» (١ / ٣٣٩)، «الوجيز» (١ / ١٧٦)، «المنهاج» (ص ٤٣)، «روضة الطالبين» (٤ / ١٨٥)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٢٨٧، ٣٠٣).

(٣) حكاه عنه الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢١٥)، والقفال في «حلية العلماء» (٤ / ٥٤١).

وأبي يوسف[1]؛ لأنه مكلف، فوجب أن ينفذ طلاقه كالرشيد، ولأن منعه من التصرف في ماله لا يمنع نفوذ طلاقه؛ كالمفلس والعبد[2].

* * * * *

(١) «القدوري» (٤٢)، «الدر المختار» (٦ / ١٤٧)، «رؤوس المسائل» (٣١٤).
وانظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢٢١ ـ ٢٢٢)، «الإشراف» لابن المنذر (١ / ١٣١، ١٣٢).

(٢) إذا كان لا ينفذ طلاق المحجور عليه وخلعه حياطة له، فوجب أن يكون كذٰلك إذا كان مبذراً، ولا دين عليه، وهما لا يقولان به، والله أعلم.

كتاب الصلح والمرافق

مسألة ٩٠٧

الصُّلح[١] جائزٌ على الإنكار[٢]، خلافاً للشافعي[٣]؛ لقوله ﷺ: «الصلح جائز

(١) الصلح لغة: قطع المنازعة، وحدّه ابن عرفة بأنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه.
انظر: «شرح حدود ابن عرفة» (٢ / ٤٢١)، «تحرير التنبيه» (ص ٧٣)، «التعريفات الفقهية» (ص ٣٥٤) لمحمد عميم الإحسان المجددي.
وصورة الصلح على الإنكار: أن يقول: لي عليك كذا، فينكره، ثم يتصالحان، بأن يدفع له شيئاً ما في مقابلته؛ فهٰذا فيه خلاف، ومنعه الشافعي لأنه عنده من أكل المال بالباطل. قاله الشارمساحي في «البديع من شرح التفريع» (ق ١٠٩ / أ).

(٢) «المدونة» (٣ / ٣٤٥)، «التفريع» (٢ / ٢٨٩)، «الكافي» (٤٥١)، «جامع الأمهات» (ص ٣٨٩)، «بداية المجتهد» (٨ / ٩٠ ـ مع «الهداية»)، «إرشاد السالك» (ص ١٣٢)، «عارضة الأحوذي» (٦ / ١٠٤)، «الخرشي» (٦ / ٤)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٥)، «منتخب الأحكام» (ص ٢٥٧)، «المفيد للحكام» (٢ / ٤٥٠)، «معين الحكام» (٢ / ٥٥٧)، «مواهب الجليل» (٤ / ٧ ـ ٩ و٥ / ٧٩)، «القوانين الفقهية» (ص ٣٤٣).

(٣) «الأم» (٣ / ٢٢١)، «مختصر المزني» (١٠٦)، «الإقناع» (١٠٦)، «المهذب» (١ / ٤٣٩)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٣٠٩)، «أسنى المطالب» (٢ / ٢١٥، ٢١٦)، و «نهاية المحتاج» (٤ / ٣٧٥)، «روضة الطالبين» (٤ / ١٩٨)، «كفاية الأخيار» (١ / ١٦٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٩)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٣٩٢ / رقم ١٢٣)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢١٤).
وهٰذا مذهب الظاهرية.
انظر: «المحلى» (٨ / ١٦٠).
وهٰذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وقول الخرقي من الحنابلة.

بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[1]؛ فعم، ولأنها دعوى فجاز الصلح معها ما لم يحكم ببطلانها، أصله الإقرار، ولأن كل صلح جاز مع الإقرار جاز مع الإنكار، أصله إذا قامت به البينة، ولأن افتداء اليمين جائز لما روي عن عثمان وابن مسعود أنهما بذلا مالاً في دفع اليمين عنهما[2]، ولأن اليمين الثابتة

= انظر: «مجموع الفتاوى» (٣٠ / ٧٢)، «المغني» (٥ / ٩ - مع «الشرح الكبير»)، «الجامع للاختيارات الفقهية» (٣ / ١١٦٧).

وقال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٩٥ / رقم ١٨٨٧): «قال أصحابنا [أي الحنفية] ومالك والأوزاعي والحسن بن حي: الصلح على الإنكار جائز، وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز على الإنكار ويجوز على السكوت من غير إنكار ولا إقرار، وقال الشافعي: لا يجوز إلا على الإقرار؛ كالبيع لا يجوز إلا أن يصدقا على العوض والمعوض.

قال أبو جعفر: قد حكم للصلح بخلاف حكم البيع، وذلك لأنهم أجازوا للرجل أن يصالح غيره بغير أمره، وعرض في يده يدعيه لنفسه، وينكر ما يدعى عليه فيه، ولم يقبلوا بعد ذلك بينة المدعى عليه، ولو كان ابتاعه من المدعي ولم يصالح، قبلت بينته على صحة الملك».

وانظر: «المبسوط» (٢٠ / ١٣٩)، «مختصر الطحاوي» (ص ٩٨)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٤٠)، «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص ٤٣)، «فتح القدير» (٧ / ٣٧٧)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٤١٨، ٤٢٠ - ٤٢١)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٠٨)، «درر الحكام» (٤ / ٣٥)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٥٦)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٣١)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٦٣٦).

ومذهب الحنابلة جواز الصلح على الإنكار.

انظر: «المغني» (٥ / ٩ - مع «الشرح الكبير»)، «شرح الزركشي» (٤ / ١٠٤)، «الروض المربع» (٢ / ٢٨٣)، «الإفصاح» (١ / ٣٧٨)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٦٣)، «المبدع» (٤ / ٢٨٥)، «كشاف القناع» (٣ / ٣٨٥)، «إعلام الموقعين» (٣ / ٣٧٠).

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) والدارقطني (٣ / ٢٧) والبيهقي (٦ / ٦٣، ٦٤، ٧٩) في «سننهم»، وأحمد في «المسند» (٢ / ٣٦٦)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٤٩)، وابن حبان في «الصحيح» (رقم ٥٠٩١ - «الإحسان»)؛ عن أبي هريرة رفعه.

وهو حسن.

انظر تعليقي على: «سنن الدارقطني» (رقم ٢٨٥٤).

(٢) أخرج البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ١٧٧) بسنده إلى الشافعي؛ قال: «بلغني أن عثمان رضي الله عنه ردَّت عليه اليمين على المنبر، فاتَّقاها، وافتدى منها، وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء، فيقال: بيمينه».

للمدعي حق ثابت لسقوطه تأثير في إسقاط المال، فجاز أن يؤخذ عنه المال على وجه الصُّلح، أصله القود في دم العمد[١].

مسألة ٩٠٨

يجوز إخراج الروشن[٢] إذا لم يستضر الغير به[٣]، وقال أبو حنيفة: لا يجوز[٤].

فدليلنا أنه استرفاق لا يستضر غيره به في هواء غير مملوك فلم يمنع منه؛ كالجلوس في الطريق وقعوده في ساحته للبيع[٥].

---

(١) افتداء النفس من الدعوى واليمين وتكليف إقامة البيِّنة، وليس هٰذا بمخالف لقواعد الشرع، بل حكمة الشرع وأصوله وقواعده ومصالح المكلفين تقتضي ذٰلك. أفاده ابن القيم.
وانظر بسط المسألة مع أدلتها في: «دراسات فقهية» (ص ٦٦ ـ ٧٢)، «عقد الصلح في الشريعة الإسلامية» (ص ٧١ ـ ٧٧) كلاهما للدكتور نزيه حماد.

(٢) اختلفت تعريفات الفقهاء للروشن، قالت الحنفية: الروشن الممر على العلو، وهو مثل الرف، وقالت المالكية: بأنه جناح يخرجه في علو حائطه ليبني عليه ما شاء، وقالوا: هو الجناح في أعلى الحائط لتوسعة الدار والتطلع إلى السكة، وعند الشافعية: ما يبنيه صاحب الجدار في الشارع، ولا يصل إلى الجدار المقابل له سواء كان من خشب أو حجر.

(٣) «تبصرة الحكام» (٢ / ٣٥٧)، «مواهب الجليل» (٥ / ١٧٢)، «الإعلام بنوازل الحكام» لابن سهل (ق ١٧٩ ـ ١٨٠)، «الإعلام بأحكام البنيان» (٢ / ٤٤٦)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١٢٣)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٣٧٠).

(٤) قال الشيخ المرجي الثقفي في كتاب «الحيطان» (١٢١) في المسألة: «عند أبي حنيفة: ليس له ذٰلك، وعندهما ـ أي: أبو يوسف ومحمد ـ: له ذٰلك. قال القاضي الدامغاني: كان أبو بكر الخوارزمي يفتي في هٰذه المسألة بقولهما».
وانظر: كتاب «الحيطان» (ص ١٣٧) أيضاً، «شرح العناية على الهداية» (١٠ / ٣٠٧)، «حاشية سعدي جلبي على شرح العناية» (١٠ / ٣٠٨).
وانظر مذهب الشافعية في: «مغني المحتاج» (٢ / ١٨٢)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٣٩٢)، «حاشية قليوبي وعميرة» (٢ / ٣١١).
وانظر مذهب الحنابلة في: «المغني» (٧ / ٣١)، «الفروع» (٤ / ٢٧٩)، «الروض المربع» (٥ / ١٥٣ ـ مع «حاشية النجدي»).

(٥) إخراج الروشن ونحوه ارتفاق بما تعيَّن مالكه، فلم يجز بغير إذنه من غير ضرورة؛ فهو كأكل ماله. =

مسألة ٩٠٩

إذا تنازعا جداراً بين دارين ولأحدهما فيه تأثير يشهد العرف بأنه يفعله المالك حكم له به، وذٰلك كمعاقد[١] القمط والربط ووجوه الآجر وغير ذٰلك[٢]، وقال الشافعي: لا يحكم به ويكون بينهما[٣].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩][٤]، وروي أن رجلين

= قاله الشيرازي في «المهذب» (١ / ٣٣٤)، والهواء تابع القرار، والجار لا يملك الاتفاق بقرار أرض الجار، فكذٰلك لا يملك الارتفاق بهواء أرضه. قاله المطيعي في «تكملة المجموع» (١٣ / ٤٠٠).
وانظر: «أحكام الجوار في الفقه الإسلامي» (ص ١٢٨ ـ ١٢٩).

(١) في المطبوع: «كتعاقد»، والتصويب من الأصل و «المعونة» (٢ / ١٢٠٠)، وهي: الشُّرُط التي يشدُّ بها الخصُّ ويوثق من ليف أو خوص أو نحوها.
انظر: «النهاية» (٤ / ١٠٨)، «لسان العرب» (٣ / ٢٩٧)، «المصباح المنير» (٢ / ٥١٦).
وينطبق هٰذا على ما يسمى اليوم بـ (جسر الحديد).

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٠٠)، «التفريع» (٢ / ٢٩٣)، «الكافي» (٤٩٣)، «تبصرة الحكام» (٢ / ١٣٣ ـ ١٣٤)، «فصول الأحكام» (٢٠٤ ـ ٢٠٥)، «البهجة شرح التحفة» (٢ / ٣٤٠، ٣٤١)، «كفاية الطالب الرباني» (٢ / ٣٣٠ ـ مع «حاشية العدوي»)، «حلي المعاصم» (٢ / ١٣٣ ـ ١٣٤، ٣ / ٣٤٠)، «الفواكه الدواني» (٢ / ٢٥٧ ـ ٢٥٨).
قال ابن عاصم:
وإنْ تداعياه فالقضاء لمن له العقود والبناء
وهٰذا قول للأصحاب من الشافعية، أفاده الشاشي القفال في «حلية العلماء» (٥ / ٢٥).
وانظر: «نهاية المحتاج» (٤ / ٤١٦).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «الحيطان» (ص ٢٧ ـ ٢٨)، «فتاوى قاضي خان» (٢ / ٤١٧)، «حاشية قرة عيون الأخبار» (٨ / ٨٥).
وهو مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٧ / ٤٢). وفي (ط): «الآجر وغيره».

(٣) «المهذب» (١ / ٣٣٦)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٤ ـ ٢٥)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٤١٦)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٢١ ـ ٢٢٢).

(٤) في الأصل والمطبوع: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [لقمان: ١٧]، والتصويب من «المعونة».

تنازعا جداراً فحكم به ﷺ لمن إليه معاقد القِمْط[1]، ولأن العرف والعادة أصلان يرجع إليهما في التنازع إذا لم يكن أصل يرجع إليه سواهما؛ كالنقد والسير والحمولة، فكذٰلك في مسألتنا، إذا كان العرف جارياً بأن هٰذه الأشياء يفعلها المالك في ملكه حكم به لمن يشهد له العرف.

مسألة ٩١٠

إذا تنازعا جداراً لأحدهما عليه خشب والآخر لا شيء له عليه يجري مجراه حكم به لصاحب الخشب قليلاً كان أو كثيراً[2]، وقال أبو حنيفة: إذا كان عدة جذوع

---

(١) أخرج ابن ماجه في «سننه» (كتاب الأحكام، باب الرجلان يدعيان في خص، ٢٣٤٣) من طريق نمران بن جارية عن أبيه: أن قوماً اختصموا إلى النبي ﷺ في خص كان بينهم، فبعث حذيفة يقضي بينهم، فقضى للذين يليهم القِمْط، فلما رجع إلى النبي ﷺ أخبره، فقال: «أَصَبْتَ وأَحْسَنْتَ».
وأخرجه الدارقطني في «السنن» (٤ / ٢٢٩ أو رقم ٤٤٥٣، ٤٤٥٤ ـ بتحقيقي)، والطبراني في «الكبير» (٢ / ٢٩٠ / رقم ٢٠٨٧، ٢٠٨٨)، وابن عدي في «الكامل» (٣ / ٩٧٥)، وابن قانع في «معجم الصحابة» (١ / ١٥٩ / رقم ١٧٢ ـ ط الغرباء، أو ٣ / ١٢١٤ / رقم ٣٠١ ـ ط الباز)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (١ / ق، ١٣٥ / أ ـ المخطوط أو ٢ / ٦٠٦ / رقم ١٦٥٠، ١٦٥١ ـ المطبوع)، وأبو القاسم البغوي في «معجم الصحابة» (ق ٣٩ / أ)، وابن عبدالبر في «الاستيعاب» (١ / ٢٢٧)؛ من طرق عن دهثم بن قُرَّان، عن نِمْران بن جارية، به.
وفي رواية للدارقطني وللطبراني وأبي نعيم: عقيل بن دينار مولى جارية عن جارية به.
ودُهْثَم بن قُرَّان متروك، ونِمْران بن جارية مجهول الحال، لا يعرف إلا بدهثم.
انظر: «الجرح والتعديل» (٨ / ٤٩٧)، «الميزان» (٤ / ٢٧٣).
قال البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٢ / ٣٤): «هٰذا إسناد فيه مقال، نمران بن جارية ذكره ابن حبان في «الثقات» (٥ / ٤٨٢)، وقال ابن القطان: حاله مجهول. قلت: ودهثم بن قران تركوه».
و (الخصّ): البيت يتخذ من قصب..

(٢) قال ابن الراعي البناء في «الإعلان بأحكام البنيان» (١ / ١٤٥): «ومنه إذا كان حائط بين رجلين ولأحدهما فيه خشب، ولا شيء للآخر فيه، ولا عقد لواحد منهما، قال ابن القاسم في كتاب ابن عبدالحكم: إنه لصاحب الخشب، وقال مطرف وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب يكون بينهما نصفين.
والفرق بينهما أن الخشب عرفاً للمالك، وأنها حيازة، فلذٰلك قال ابن القاسم: إن الحائط لمن عليه الخشب، ولم ير مُطَرِّف وابن الماجشون في ذٰلك حجة؛ لأنها تغرز بالهبة وبالسرقة وبالندب (أي: =

حكم له به، وإن كان الجذع والاثنان فلا[١]. وقال الشافعي: لا يحكم به لصاحب الخشب[٢].

ودليلنا على الشافعي قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩]، والعرف جارٍ بأن الإنسان إذا كان له على حائط خشب وجذوع فإنه وضعه على سطحه لأن غالب تصرف الناس أن يكون في أملاكهم، ولأن وضع الجذوع على الحائط يد وتصرف؛ فوجب أن يقدم به دعوى مدعي الحائط كما لو تنازعا داراً في يد أحدهما، ولأنهما لو تنازعا عرصة لأحدهما فيها حائط لحكم بها لصاحب الحائط، ولا فرق بين ذٰلك وبين الجذوع[٣].

= بندب الجار إلى أن يمكن جاره من غرز الخشب في جداره)».

وانظر: «النوادر والزيادات» (ق ٢٠٥، ٢٠٦)، «البهجة شرح التحفة» (٢ / ٣٢٠ ـ ٣٢١)، «تبصرة الحكام» (٢ / ١٣٤)، «حلي المعاصم» (٢ / ٣٢٠)، «شرح ميارة على التحفة» (٢ / ٢٤٩)، «الجدار» لعيسى بن موسى (ق ٦١ / ب)، «المجالس» للمكناسي (ق ٤ / ب)، «قوانين الأحكام الفقهية» (٣٦٨ ـ ٣٦٩).

(١) «مختصر الطحاوي» (ص ٣٥٣)، «الحيطان» (٢٨، ٢٩، ٣١، ٣٣)، «المبسوط» (١٧ / ٨٩)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٣١١)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٣٢٦)، «حاشية قرة عيون الأخبار» (٨ / ٥٣، ٥٧)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٣٢٧)، «فتاوى قاضي خان» (٢ / ٤١٧، ٤١٨).

(٢) «الأم» (٣ / ٢٢٥)، «مختصر المزني» (١٠٦)، «الحاوي الكبير» (٧ / ٦٠)، «المهذب» (٢ / ٣١٧)، «روضة الطالبين» (٤ / ٢١٢، ٢٢٦)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٦)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٩٢)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٤١٧)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٣١٨)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٣٩٥ / رقم ١٢٤)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٢٢).

وهٰذا الصحيح من مذهب الحنابلة وعليه الأصحاب.

انظر: «المغني» (٧ / ٤٢)، «المحرر» (١ / ٣٣٤)، «الإنصاف» (١١ / ٣٧٥).

(٣) الخشب تختلف؛ فمنها: ما يكون وضعها مبنية موضوعة على الحائط وضعاً، ليس يحفر لها وتزرق (أي: تدخل في أثقاب حفرت بعد بناء الحائط؛ لأنها تنفذ وتمرق فيها)، فإذا كانت الخشب في الحائط على هٰذه الصورة، كان الحائط لمن له عليه الخشب، وإن كانت الخشب غير موصولة في الحائط، وإنما وضعها بعد ما ثبت الحائط، وثقب في الحائط، وجعلت في الأثقاب، فعلى هٰذا لا توجب ملكاً، وتكون كما روى ابن حبيب عن مطرف. قاله ابن الرامي في «الإعلان» (١ / ١٤٦).

مسألة ٩١١

إذا أراد أن يجعل جذوعه على جدار لغيره أو مشترك بينه وبين غيره لم يكن له ذٰلك في الحكم إلا برضا الشريك أو الأجنبي[١]، خلافاً لأحد قولي الشافعي أن له ذٰلك[٢]، ولأحمد في قوله يقضى بذٰلك على الجار[٣]؛ لأن الحائط له ملك فلم يكن

= قلت: فالراجح على القرائن من خلال ما أحدث في الجدار، والله أعلم.

وانظر: «أحكام الجوار في الفقه الإسلامي» (٢٧٩ ـ ٢٨٣).

(١) «التمهيد» (١٠ / ٢٢٢ ـ ٢٢٤)، «شرح الزرقاني على الموطأ» (٤ / ٣٣)، «المنتقى» (٦ / ٤٣)، «المعونة» (٢ / ١٢٠١)، «التفريع» (٢ / ٢٩٣)، «النوادر والزيادات» (ق ٢٠٦ / أ)، «الكافي» (٤٩٣)، «الإعلان بأحكام البنيان» (١ / ١٦٩) ـ وفيه عن المذكور: «وهو المشهور، وبه الفتوى، وعليه العمل» ـ، «تفسير القرطبي» (٥ / ١٨٦ ـ ١٨٧)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٨٨)، «مواهب الجليل» (٦ / ٤٢٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٦٠)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٦٥)، «الخرشي» (٦ / ٦١ ـ ٦٢)، «منح الجليل» (٣ / ٣٣٦)، «التاج والإكليل» (٥ / ١٧٤ ـ ١٧٥ ـ مع «مواهب الجليل»).

وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «الموطأ» (ص ٢٨٤ / رقم ٨٠٤) لمحمد بن الحسن، «مشكل الآثار» (٣ / ١٥٣ ـ ط الهندية)، «عمدة القاري» (١٠ / ٣٢٩)، «الحيطان» (٣٦ ـ ٣٧)، «فتاوى قاضي خان» (٣ / ١٠٨ ـ ١٠٩)، «حاشية قرة عيون الأخيار» (٨ / ٥٨).

وهٰذا الذي صححه الشيرازي، وقطع به جماعة من الشافعية، وقال النووي: «هو الأظهر».

انظر: «المهذب» (١ / ٣٣٥)، «روضة الطالبين» (٤ / ٢١٢)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٨٧)، «فتح الباري» (٥ / ١١٠).

(٢) «مختصر المزني» (١٠٦)، «الحاوي الكبير» (٨ / ٦٥ ـ ٦٦)، «فتح الباري» (٥ / ١١٠)، «الوجيز» (١ / ١٧٩)، «المهذب» (١ / ٣٣٥)، «تكملة المجموع» (١٣ / ٤٨)، «الروضة» (٤ / ٢١٢، ٦ / ٣١)، «أسنى المطالب» (٢ / ٢٢٣)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٨٧)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٣١٤)، «حلية العلماء» (٥ / ١٥).

وهٰذا قول عبدالملك بن حبيب من المالكية.

انظر: «الكافي» (٤٩٠)، «شرح الزرقاني على الموطأ» (٤ / ٣٣).

(٣) «المغني» (٧ / ٣٥ ـ ط هجر)، «الإنصاف» (٥ / ٢٦٢ ـ ٢٦٣ و٧ / ٣٦٨)، «المبدع» (٤ / ٢٩٩)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤٠)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٦٣)، «كشاف القناع» (٣ / ٤١١ =

عليه بذله لغيره ليتصرف فيه كما لو أراد أن يفتح فيه باباً، ولأنه ارتفاق لصاحب الجذع، فلم يملك ذٰلك في غير ملكه بغير إذنه، دليله إذا أراد أن يزرع في أرض غيره[1].

مسألة ٩١٢

البيت إذا كان عليه علوٌ فتنازع السَّقف صاحب السَّفل[2] وصاحب العلو حكم به لصاحب السفل[3]، وقال الشافعي: يكون بينهما[4].

= و٤ / ٤٩٢)، «تقرير القواعد» (٢ / ٢٦٧ ـ بتحقيقي) لابن رجب.

وبه قال أبو ثور وإسحاق بن راهويه وجماعة أهل الحديث والظاهرية.

انظر: «تفسير القرطبي» (٥ / ١٨٧)، «فتح الباري» (٥ / ١١٠)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (١١ / ٤٧)، «المحلى» (٨ / ٢٤٢).

(١) الذي أراه صواباً وجوب استئذان الجار، ولا يجوز للجار المنع؛ لأن الاستئذان يستل السخائم والأضغان، ويشيع روح التعاون بين الجيران، وهٰذا من باب الإحسان، وشرط ذٰلك أن لا يلحق ضرراً، وأن يكون محتاجاً للجدار؛ فلا يتمكن من التسقيف مثلاً إلا به.

وانظر الأدلة النقلية وتوجيهها في: «نيل الأوطار» (٦ / ٣٥٨)، «فتح الباري» (٥ / ١١١)، «أحكام الجوار في الفقه الإسلامي» (ص ١٤٨ ـ ١٦٣)، «أحكام الإذن في الفقه الإسلامي» (١ / ٢٩٤ ـ ٣٠٥).

(٢) المراد به ما نزل عن العلو لا الملاصق للأرض؛ لأنه قد يكون طباقاً متعدِّدة، فالمراد بالسفل: السفل النسبي.

انظر: «شرح الزرقاني» (٦ / ٦٠).

(٣) «المعونة» (٢ / ١١٩٩)، «التفريع» (٢ / ٢٩٤)، «الكافي» (٤٩٥)، «الإعلان بأحكام البنيان» (١ / ٣٧٢ ـ ٣٧٣)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٦ / ٦٠ ـ ٦١)، «القوانين الفقهية» (ص ٢٢٣)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٣٦٦)، «مواهب الجليل» (٥ / ١٤٧).

وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «فتح القدير» (٦ / ٢٨٢)، «حاشية رد المحتار» (٥ / ٥٢)، «الحيطان» (١٣٥ ـ ١٣٦، ١٣٩)، «فتاوي قاضي خان» (١٢ / ٢٣٦).

(٤) «الأم» (٣ / ٢٢٦)، «مختصر المزني» (ص ١٠٦)، «المهذب» (٢ / ٣١٦)، «روضة الطالبين» (٤ /=

فدليلنا أن السقف محمول على ملك صاحب السفل غير متيقن ملكه لغيره، وإذا تنازعا حكم به له، أصله الحمل على دابة يدعيها مالكها وأجنبي[١]، ولأن من باع بيتاً دخل سقفه في البيع، فلولا أنه منه لم يدخل فيه كما لا تدخل الغرفة التي عليه ولا البيت المجاور له، ولأن العرف جار في البيوت أن يكون حيطانها عليها سقوفها، ولذلك سمي بيتاً؛ فيجب أن يحكم بالملك عند التنازع بجميع ما يستوعبه الاسم[٢].

مسألة ٩١٣

الحائط بين شريكين[٣] إذا انهدم أو هدم، فطالب أحدهما بالبناء وأبى الآخر؛ ففيه روايتان:

أحدهما: أنه يجبر.

= ٢٢٦)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٨٩، ١٩٣)، «الحاوي الكبير» (٨ / ٧٠)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٢)، «فتح العزيز» (١٠ / ٣٣٤)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٤١٩)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٢١ - ٢٢٢).

وفصل متأخرو الشافعية فقالوا: إنْ كان يمكن إحداث السقف بعد بناء العلو بأن يكون السقف عالياً فيثقب وسط الجدار، ويوضع رأس الجذوع في الثقب ويسقف، فيصير البيت الواحد بيتين؛ ففي هٰذه الحالة يكون السقف بينهما، وإن كان لا يمكن إحداثه بعد بناء العلو؛ كالأزج، الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو، فيكون السقف في هٰذه الحالة لصاحب السفل.

والمذكور مذهب الحنابلة.

انظر: «الإنصاف» (٥ / ٢٧١)، «كشاف القناع» (٣ / ٤١٦)، «المغني» (٧/ ٤٤).

(١) القياس على الحمل على الدابة قياس مع الفارق، فإن السقف لا يشبه السَّرج على الدابة؛ لأنه (أي الحمل على الدابة)، لا ينتفع به غير صاحبها، ولا يراد إلا لها؛ فكان في يده، وهٰذا السقف الذي بين صاحب السفل والعلو ينتفع به كل واحد منهما. قاله في «المغني» (٧/ ٤٤، ٤٥).

(٢) السقف حاجز بين ملكيهما، ينتفعان به، فإذا تنازعا فيه ولا بيّنة لأحدهما، حلف كل واحد منهما وجعل بينهما نصفين، والله أعلم. وانظر: «أحكام الجوار» (١٩٧ - ٢٠٠).

(٣) «المعونة» (٢ / ١٢٠١)، «التفريع» (٢ / ٢٩٣)، «الكافي» (٤٩١)، «الإعلان بأحكام البنيان» (١ / ١٦٤) - وفيه: «والمشهور أنه يجبر على إعادته ببناء ثانٍ» -، «النوادر والزيادات» (ق ٢٠٥ / ب)، «فصول الأحكام» (٢٠٥)، «قوانين الأحكام» (٣٦٨ - ٣٦٩)، «مواهب الجليل» (٥ / ١٥٠).

والأخرى: أنه لا يجبر(١)، وهو قول الشافعي(٢).

فوجه نفي الإجبار: أنه ملك لو انفرد به لم يجبر على الإنفاق عليه، وكذلك إذا كان مشتركاً، أصله إذا كان بينهما أرض فطالب الشريك بزراعتها(٣).

ووجه إثباته: قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»(٤)، ولأن الشريك لا ينتفي عنه الضرر ولا يصل إلى حقه إلا ببناء الشريك معه(٥)، وفيه مصلحة لهما، فوجب إجبارُه عليها(٦).

---

(١) «المعونة» (٢ / ١٢٠١)، «التفريع» (٢ / ٢٩٣)، «الكافي» (٤٩١)، «الإعلان» (١ / ١٦٤ ـ ١٦٦)، «النوادر والزيادات» (ق ٢٠٥ / ب)، «قوانين الأحكام» (٣٦٨ ـ ٣٦٩)، «مواهب الجليل» (٥ / ١٥٠)، «البهجة شرح التحفة» (٢ / ٣٤٠)، «حلي المعاصم» (٢ / ٣٢٠)، وفيه:

وإن يكن لمقتضى فالحكم أنْ ... يبنى مع شريكه وهو السننْ
من غير إجبارٍ فإن أبى قسمْ ... موضعه بينهما إذا حَكَمْ

(٢) «الحاوي الكبير» (٨ / ٦٣ ـ ٦٤)، «المهذب» (١ / ٣٣٦)، «حلية العلماء» (٥ / ١٩)، «روضة الطالبين» (٤ / ٢١٥، ٢١٦)، «حاشية الجمل» (٣ / ٣٦٦)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٩٠)، «تكملة المجموع» (١٣ / ٤١٦) للمطيعي، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢١٨).

ومذهب الشافعي القديم الإجبار. انظر المراجع السابقة.

وهو رواية عن أحمد، وقال القاضي أبو يعلى: «هي أصح الروايات»، وفي «الإنصاف»: «هي المذهب».

انظر: «المغني» (٧ / ٤٥)، «الشرح الكبير» (٣ / ٢٢)، «الإنصاف» (٥ / ٢٦٥).

(٣) يجاب عن هٰذا بأن هناك فارقاً بين ترك العمارة مع شريكه في الحائط وبين ترك الزراعة معه في الأرض، فإن الضرر حاصل في الأول دون الثاني.

(٤) مضى تخريجه.

(٥) وأجيب عن هٰذا بأنَّ في إجباره على العمارة مطلقاً ضرراً أيضاً، ولا يدفع الضرر بالضرر.

انظر: «حاشية الجمل» (٣ / ٣٦٦)، «تكملة المجموع» (١٣ / ٤١٦) للمطيعي.

(٦) ذهب الحنفية إلى التفصيل بين الجدار الذي عليه حمولة من جذوع أو بناء، كغرفة ونحوها، وبين الجدار الذي ليس عليه حمولة، وهٰذا هو المفتى به عندهم، فقالوا: إذا كان على الجدار حمولة أجبر الشريك على البناء مع شريكه؛ لأن ترك البناء معه يلحق الضرر بالشريك بتعطيل منافع الحائط، وإذا لم يكن على الجدار حمولة لم يجبر على البناء، إذا كانت العرصة التي عليها الجدار عريضة بحيث لو قسمت أصاب كل واحد منها ما يمكنه أن يبني فيه حائطاً لنفسه، لأنه لا يجبر على =

كتاب الحوالة

مسألة ٩١٤

إذا أحاله بحقِّه على رجل له عليه دين وهو مليءٌ في الظاهر لا يعلم المحيل منه فلساً، فإنه يصير كالقابض ولا يرجع على المحيل بحال[1]، وقال أبو حنيفة: يرجع عليه إذا كان المحال عليه مفلساً أو جحد الحق وحلف ولم يكن للمحتال بيِّنة[2]، وزاد أبو يوسف ومحمد: أو يحجر الحاكم عليه للفلس[3].

ودليلنا قوله ﷺ: «ومن أحيل على مليء فليتبع»[4]، فأطلق ولم يقيد، ولأنها

= البناء مع شريكه إلا إذا تضرر، ولا ضرر هنا، فإن لم تكن العرصة عريضة أجبر على البناء؛ لأنه بتركه يلحق الضرر بشريكه بتعطيل منافع الحائط، والباني لا يتضرر ببنائه إذ يحصل له بدل ما أنفق، وهٰذا التفريق حسن ووجيه.

انظر: «المبسوط» (١٧ / ٩٣)، «جامع الفصولين» (٢ / ٢٨٣)، «حاشية قرة عيون الأخيار» (٨ / ٦٣)، «أحكام الجوار» (ص ٢٦٦ ـ ٢٧١).

(١) «المدونة» (٤ / ١٤٨ ـ ط دار الفكر)، «المعونة» (٢ / ١٢٢٧)، «التفريع» (٢ / ٢٨٨)، «الكافي» (٤٠١)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٤٠٣)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٠٠)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٦)، «مواهب الجليل» (٥ / ٩٢)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩٠)، «معين الأحكام» (٢ / ٨٠٥).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٠٣ ـ ١٠٤)، «اللباب» (٢ / ١٦١)، «المبسوط» (٢٠ / ٧٠)، «الاختيار» (٣ / ٤)، «رد المحتار» (٥ / ٣٣٤ ـ ٣٤٥)، «فتح القدير» (٧ / ٢٤٣ ـ ٢٤٤)، «تبيين الحقائق» (٤ / ١٧٢ ـ ١٧٣)، «مجمع الأنهر» (٢ / ١٤٨).

(٣) «اللباب» (١٢ / ١٦١)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٦)، «التنقيح» (٣ / ٣١).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الحوالة، باب الحوالة، رقم ٢٢٨٧)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، رقم ١٥٦٤) عن أبي هريرة مرفوعاً.

حوالة برئت ذمة المحيل بها فلم يجز له الرجوع على المحيل به، أصله إذا لم يتغير حاله ولا يلزم عليه الغرر؛ لأن الذمة لا تبرأ معه، ولأن عقد الحوالة إذا انبرم فإن بقاءه يمنع رجوع المحتال على المحيل، أصله ما ذكرناه، وفي الغرر لم ينبرم، ولأن الحوالة سبب تسقط المطالبة بالدين وتبدله؛ فوجب أن يسقط به حق الرجوع كالقبض والإبراء، ولا يلزم عليه الغرر؛ لأنَّ المطالبةَ لا تسقط معه، ولأن الحوالة بمنزلة الإبراء والقبض بدليل سقوط المطالبة بالدين معها، وجواز التأخير فيها؛ فكان اعتبار المحال عليه عيباً حادثاً بعد القبض فلم يرجع به.

[مسألة ٩١٥]

وإذا أحاله على مفلس والمحال يعلم بفلسه كان له الرجوع[١]، خلافاً للشافعي[٢]؛ لقوله ﷺ: «من أُحيل على مليء فليتبع»[٣]، فشرط ملاء المحال عليه، ولأنَّ البراءة كانت بشرط سلامة ذمة المحال عليه لأنه على ذٰلك دخل، فإذا لم توجد السلامة لم يوجد شرط البراءة؛ فكان الدين باقياً في الذمة، ولأن المحتال دخل على ذمة سليمة، فإذا خرجت معيبة كان له الرجوع كما لو دفع الثمن في سلعة على أنها سليمة فخرجت معيبة.

مسألة ٩١٦

لا يجبر صاحب الحقِّ على الرِّضا بالحوالة[٤]، خلافاً

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) «الأم» (٣ / ٢٢٩)، «مختصر المزني» (١٠٧)، «الإقناع» (١٠٧)، «الحاوي الكبير» (٨ / ٩٤ - ٩٥)، «المجموع» (١٣ / ١٣٣)، «الروضة» (٤ / ٢٢٩)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٤٢٨)، «حواشي الشرواني والعبادي» (٥ / ٢٣٥)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٦)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٣٩٧ / رقم ١٢٥).

(٣) مضى تخريجه قريباً.

(٤) «المدونة» (٤ / ١٤٨)، «المعونة» (٢ / ١٢٢٨)، «التفريع» (٢ / ٢٨٨)، «الكافي» (٤٠١)، «المقدمات» (٢ / ٤٠٣)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٦)، «مواهب الجليل» (٥ / ٩٠)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩٠)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٩٩)، «أسهل المدارك» (٣/ ٢٦).

لداود[١]؛ لأن حقه تعلق بذمة فلم يجبر على نقله إلى ذمة أخرى بغير رضاه، أصله في المنافع إذا استأجر منه كراء إلى بلد فلم يكن له أن يحيله على غيره ليستوفي الكراء منه، ولأنه بيع ملك، ولأنه تمليك ببدل لا يتعلق به حق الله تعالى؛ فلم يجبر عليه المالك، أصله بيع الأعيان، ولأنه حق واجب عليه؛ فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا من له الحق، أصله إذا تعلّق بالعين، فنقيس الذِّمَّة على العين.

مسألة ٩١٧

ورضا من يحال عليه غير معتبر[٢]، خلافاً لداود[٣]؛ لقوله ﷺ: «من أُحيل

= وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «الاختيار» (٣ / ٤)، «تبيين الحقائق» (٤ / ١٧١)، «فتح القدير» (٧ / ٢٣٩).

ومذهب الشافعية.

انظر: «المجموع» (١٣ / ١١٣)، «روضة الطالبين» (٤ / ٢٢٨).

(١) «المحلى» (٨ / ٥٢٠).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٧ / ٥٨، ٦٢)، «الإنصاف» (٢ / ١٣٦)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٣١)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٣٦)، «كشاف القناع» (٣ / ٣٨٣).

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٢٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩٠)، «الكافي» (٤٠١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٩٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٦)، «مواهب الجليل» (٥ / ٩٠).

ويشترط ابن الماجشون أن تكون الإحالة بمحضر المحال عليه وإقراره.

انظر: «معين الحكام» (٢ / ٨٠٥).

ومذهب الشافعية كالمالكية.

انظر: «المجموع» (١٣ / ١١٣)، «روضة الطالبين» (٤ / ٢٢٨)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٥)، «روضة الطالبين» (٤ / ٢٢٨).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٧ / ٥٨، ٦٢)، «الإنصاف» (٥ / ٢٢٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٣١)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٣٦)، «كشاف القناع» (٣ / ٣٨٣).

(٣) «المحلى» (٨ / ٥٢٠).

وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «الاختيار» (٣ / ٤)، «فتح القدير» (٧ / ٢٣٩)، «تبيين الحقائق» (٤ / ١٧١)، «رد المحتار»=

على مليء فليتبع»[١]، ولم يشترط رضاه، ولأن الحق هو للمالك؛ فله أن يملكه من شاء كسائر الحقوق[٢].

* * * * *

= (٥ / ٣٤١).
وهٰذا قول المزني وأبو سعيد الإصطخري من الشافعية.
انظر: «حلية العلماء» (٥ / ٣٥).

(١) مضى تخريجه في مسألة (رقم ٩١٤).

(٢) لا يعتبر رضا من يحال عليه؛ لأن معنى الحوالة تفويض قبض، فلا يعتبر فيه رضى من عليه، كالتوكيل في قبضه، ويخالف رضى المحتال؛ لأن الحق له، فلا ينقل بغير رضاه كالبائع، وها هنا الحق عليه؛ فلا يعتبر رضاه، كالعبد في البيع، والله أعلم.

الجزء الثالث عشر

من

كتاب الإشراف

كتاب الضمان[(١)] [والكفالة]

مسألة ٩١٨

الضمان لا يبرىء ذمة المضمون منه[(٢)]، خلافاً لابن أبي ليلى[(٣)] وداود[(٤)]؛ لقوله ﷺ: «نفس المؤمن مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه»[(٥)]، وقوله لأبي قتادة: «الآن بردت عليه جلده»[(٦)]، ولأنه وثيقة بالحق كالرهن والإشهاد.

---

(١) الضمان: ضم ذمَّة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، قال الماوردي: غير أن العرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع.

انظر: «تحرير ألفاظ التنبيه» (٢٠٣)، «أنيس الفقهاء» (٢٢٣)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٩٨).

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٣١)، «التفريع» (٢ / ٢٨٦)، «الكافي» (٣٩٨ ـ ٣٩٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩١).

(٣) «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (٥٦)، «المبسوط» (٣٠ / ١٤٧)، «اللباب» (٢ / ١٦٩)، «حلية العلماء» (٥ / ٥٨).

(٤) «المحلى» (٨ / ١١٣)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٣٥، مسألة ٥٣٥)، «حلية العلماء» (٥ / ٥٨)، ونقله عنه وعن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور.

(٥) أخرجه الطيالسي (٢٣٩٠)، والشافعي في «الأم» (١ / ٣١٨)، ومن طريقه البغوي في «شرح السنة» (٨ / ٢٠٢ / رقم ٢١٤٧)، وأحمد في «المسند» (٢ / ٤٤٠، ٤٧٥)، والدارمي (٢ / ٢٦٢)، والترمذي في «سننه» (١٠٧٩)، وابن ماجه في «سننه» (٢٤١٣)، وأبو يعلى في «مسنده» (٥٨٩٨)، وابن حبان في «صحيحه» (٣٠٦١)، والحاكم في «مستدركه» (٢ / ٢٦، ٢٧)، والبيهقي في «سننه» (٦ / ٧٦)، والبغوي في «شرح السنة» (٢١٤٧)؛ جميعهم من طرق عن سعد بن إبراهيم، عن عمر ابن أبي سلمة، عن أبيه، عن أبي هريرة، به.

وإسناده صحيح.

(٦) أخرجه أحمد (٣ / ٣٣٠)، والطيالسي (١٣٨٣ - منحة) في «مسنديهما»، والدارقطني (٣ / ٧٩ أو=

مسألة ٩١٩

من ضمن عن إنسان ديناً عليه أو حقاً يلزمه فعله بنفسه؛ فله الرجوع عليه، سواء كان بإذنه أو بغير إذنه[1]، وقال أبو حنيفة[2] والشافعي[3]: إن كان بغير إذنه؛ فهو متطوع لا رجوع له.

ودليلنا أنه قضى عنه ديناً عليه، كان يلزمه قضاؤه ويصح استنابته فيه معتقداً للرجوع به، فكان له الرجوع عليه به، أصله إذا كان برضاه، واعتباراً بالإمام إذا استأجر على السفيه وعلى الممتنع من أداء الحق، ولأن أبا حنيفة يوافقنا فيمن ضمن عن غاصب عبداً غصبه بغير أمره وأدى قيمته إلى مالك العبد أنه يرجع على الغاصب بذلك ولا فرق بين الغاصب وغيره[4].

= رقم ٣٠٤٨ ـ بتحقيقي)، والبيهقي (٦ / ٧٤) في «سننهما»، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٥٨)؛ من طريق عبدالله بن محمد بن عقيل، عن جابر ضمن حديث طويل، وصححه الحاكم، وله شواهد. انظر: «المعجم الأوسط» (٢٤٩١، ٣٤٦٩)، «المجمع» (٣ / ٤٠)، «إتحاف المهرة» (٣ / ٢١٢)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٣٤ ـ ٣٥).

(١) «جامع الأمهات» (ص ٣٩١)، «التفريع» (٢ / ٢٨٥ ـ ٢٨٦)، «الكافي» (٢ / ٧٩٥).
وهذا هو الصحيح عند الحنابلة.
انظر: «المغني» (٧ / ٩٠)، «الإنصاف» (٥ / ٢٠٤)، «كشاف القناع» (٣ / ٣٥٩).
وهو وجه عند الشافعية.
انظر: «المهذب» (١ / ٣٤٢)، «روضة الطالبين» (٤ / ٢٦٦).
وهو احتمالٌ لإمام الحرمين، إذا كان الإذن في الأداء بشرط الرجوع، وصحح النووي هذا الاحتمال.
انظر: «روضة الطالبين» (٤ / ٢٦٦).

(٢) «فتح القدير» (٧ / ١٨٨ ـ ١٨٩)، «تبيين الحقائق» (٣ / ١٥٥)، «الدر المختار» (٥ / ٣١٥) ـ وفيه: استثناء إذا كان الضمان بغير إذن المضمون عنه، ثم أجاز الضمان في المجلس، فإنه في هذه الحالة يرجع الضامن على المضمون عنه ـ.

(٣) «المهذب» (١ / ٣٤٢)، «روضة الطالبين» (٤ / ٢٦٦)، «أسنى المطالب» (٢ / ٢٤٨)، «حلية العلماء» (٥ / ٦٢).
واختار هذا القول ابن حمدان من الحنابلة في «الرعاية الكبرى».
انظر: «الإنصاف» (٥ / ٢٠٤).

(٤) إذا قضى الضامن عن المضمون عنه بإذنه ديناً عليه كان يلزمه قضاؤه، ويصح استنابته فيه؛ فله =

مسألة ٩٢٠

يصح ضمان المجهول[١]، خلافاً للشافعي[٢]؛ لقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[٣]؛ فعم، ولأنه معروف وإرفاق فجاز في المعلوم والمجهول كالعتق والهبة[٤].

= الرجوع، كما هو الحال فيمن قضى دَين غيره بإذنه من غير ضمان، والله أعلم.
وانظر: «تقرير القواعد» (١ / ٢١٢ ـ بتحقيقي) لابن رجب.

(١) «المعونة» (٢ / ١٢٣٢)، «التفريع» (٢ / ٢٨٥)، «الكافي» (٣٩٨)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٣٧٦)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩١)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٣٤)، «الخرشي» (٦/ ٢٥).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٢٦٤، ٢٨٣ ـ ٢٨٤).

(٢) «الأم» (٣/ ٢٢٩)، «الإقناع» (١٠٢)، «المهذب» (١ / ٣٤٧)، «تكملة المجموع» (١٣ / ١٨)، «التنبيه» (٧٤)، «روضة الطالبين» (٤ / ٤٤٤)، «المنهاج» (٥٥)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٤٤٢)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٣٠).
وبه قال الثوري وابن أبي ليلى والليث وابن المنذر.
انظر: «حلية العلماء» (٥ / ٥٦)، «المغني» (٤ / ٥٩٢)، «الشرح الكبير» (٥ / ٧٢).

(٣) أخرجه عبدالرزاق (٧٢٧٧) وابن أبي شيبة (٤ / ٤١٥ و١١ / ١٤٩) في «مصنفيهما»، وسعيد بن منصور (٤٢٧) وأبو داود (٢٨٧٠) والترمذي (٦٧٠، ١٢٦٥، ٢١٢٠) وابن ماجه (٢٠٠٧، ٢٢٩٥، ٢٣٩٨، ٢٤٠٥، ٢٧١٣) والبيهقي (٦ / ٧٢، ٢٦٤) في «سننهم»، وأحمد وابنه عبدالله (٥ / ٢٦٧)، والطيالسي (١١٢٧)، والقضاعي (٥٠) في «مسانيدهم»، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣ / ١٠٤)، والطبراني (٨ / ١٥٩ - ١٦٠، ١٦٢)؛ من حديث أبي أمامة الباهلي ضمن حديث طويل، وبعضهم اختصره، وهو صحيح.
وفي الباب عن سعد بن أبي وقاص، وأسماء بنت أبي بكر، وأبي هريرة، وعبدالله بن عمرو، وعائشة رضي الله عنهم أجمعين. وانظر: «تنقيح التحقيق» (٣/ ٣٦).

(٤) الضمان في جل صوره فيه نوع من جهالة؛ فضمان ما يجب على التاجر من الدين، وما يقبضه من الأعيان المضمونة صحيح، وهو ما يسمى بـ «ضمان السوق»، وهو ضمان المجهول، وقد دل عليه الكتاب بقوله: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يوسف: ٧٢]، فحمل البعير غير معلوم؛ لأن حمل البعير يختلف باختلافه، ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة، فصح؛ كالنذور والإقرار، ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطر، وهو ضمان العهدة.
وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٩ / ٥٤٩).

مسألة ٩٢١

يصح ضمان الدَّين على الميت، سواء خلف وفاء به أو لم يخلف[١]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يلزم إذا لم يترك وفاء[٢]؛ لقوله: «الزعيم غارم»[٣]. ولأن كل دين لو كان فيه وفاء صح ضمانه؛ فكذٰلك يصح وإن لم يكن فيه وفاء؛ كدين الحي، عكسه الكتابة، ولأن الدين لا يسقط بالموت بدليل قوله ﷺ: «نفس المؤمن مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه»، وروى: «متعلقة»[٤]، ولأنه لو سقط بالموت عن ذمة من هو عليه لرجع سقوطه عن ذمة الضامن عنه حال حياته؛ لأنها فرع لذمته، فإذا ثبت أن الدين لا يسقط بالموت؛ فمن ضمنه فقد ضمن ديناً واجباً، فصح ضمانه، ولأنه لو لم يصح ضمانه مع تعذر الوفاء لم يصح مع وجوده كسائر ما لا يصح ضمانه، عكسه دين الحي.

مسألة ٩٢٢

تصح كفالة الأبدان[٥]، خلافاً ....

---

(١) «المدونة» (٤ / ١٣١ ـ ١٣٢)، «المقدمات» (٢ / ٣٧٨)، «الكافي» (٤١٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٨٨)، «أسهل المدارك» (٣ / ١٤)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣٩).
وهٰذا مذهب الشافعية والحنابلة، وبه قال أبو يوسف ومحمد.
انظر: «حلية العلماء» (٥ / ٤٨)، «فتح القدير» (٧ / ٢٠٤)، «المغني» (٦ / ٥٦٦ ـ ٥٦٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٣٣)، «الإنصاف» (٥ / ٢٨٦)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٢٦).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٠٤)، «اللباب» (٢ / ١٥٩)، «فتح القدير» (٧ / ٢٠٤)، «البدائع» (٧ / ٣٤٢٠)، «الهداية» (٦ / ٧٤٤)، «تنوير الأبصار» (٥ / ٣٠١)، «رؤوس المسائل» (٣٢٠).

(٣) مضى تخريجه في المسألة السابقة.

(٤) مضى تخريجه في المسألة (رقم ٩١٨).

(٥) وتسمى كفالة الوجه.
انظر: «المدونة» (٤ / ١٢٩)، «التفريع» (٢ / ٢٨٧)، «الكافي» (٣٩٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٩٥ ـ ٢٩٦)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢١)، «فصول الأحكام» (١٨٧ ـ ١٨٨)، «معين الحكام» (٢ / ٨٠٠)، «جواهر الإكليل» (١ / ٢٤١)، «الشرح الصغير» (٣ / ٤٥٠).
وهٰذا مذهب أكثر أهل العلم، فهٰذا مذهب أبي حنيفة وشريح والثوري. انظر: «المغني» (٤ / ٦١٤).

للشافعي[١]؛ لقوله: «الزعيم غارم»[٢]، ولم يفرق، ولأن من عليه الحق عليه أن يحضر أو يوكل من يحضر، وإذا كان ذٰلك مستحقاً عليه صح أن يضمن عنه، ولأنها وثيقة كحق الرهن.

مسألة ٩٢٣

إذا مات المتكفل بوجهه لم يلزم الكفيل شيء[٣]، خلافاً لبعض الشافعية[٤]؛ لأنه لم يكن منه تفريط في إحضاره ولا فيمن تكفل به وموضوع الكفالة بالنفس الإحضار، ولا يضمن الحق إلا بتفريط.

مسألة ٩٢٤

تصح الكفالة بالمحبوس والغائب[٥]، خلافاً لأبي حنيفة[٦]؛ لأن كل وثيقة يتعلق قضاء الدين بها تصح مع الإطلاق والحضور، فصحت مع الغيبة والحبس؛ كالرهن وضمان المال.

* * * * *

(١) «الأم» (٣ / ٢٢٩)، «الإقناع» (١٠٢)، «المهذب» (١ / ٣٥٠)، «التنبيه» (٧٥)، «الوجيز» (١ / ١٨٤)، «المنهاج» (٦٢)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٠٣)، «تكملة المجموع» (١٣ / ٤٦)، «حلية العلماء» (٥ / ٦٧ ـ ٧٣)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٣٣).

(٢) مضى تخريجه.

(٣) «المدونة الكبرى» (٤ / ١٣١ ـ ١٣٢)، «المعونة» (٢ / ١٢٣١)، «منتخب الأحكام» (ص ٢٠٥)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٢٩)، «معين الحكام» (٢ / ٨٠٢ ـ ٨٠٣).

(٤) هٰذا قول أبي العباس بن سريج، والمذهب عدم الإلزام.
انظر: «حلية العلماء» (٥ / ٧٥ ـ ٧٦)، «الحاوي الكبير» (٨ / ١٤٨).

(٥) «حاشية الرهوني» (٦ / ٣٥)، «شرح الزرقاني على خليل» (٥ / ٢٨١)، «معين الحكام» (٢ / ٨٠١)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٩٣).
وهٰذا مذهب الشافعية. انظر: «حلية العلماء» (٥ / ٨٠).

(٦) «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٢٦٣).

كتاب الشركة

مسألة ٩٢٥

تصح الشركة بالعروض كانت مما تعرف أعيانها أو لا تعرف، ويكون رأس المال قيمتها(١)، وقال الشافعي: إن عقدا الشركة على أثمانها جاز وإن سكتا نظر، فإن كانت مما يتميز وتعرف أعيانها كالثياب وغيرها لم تصح، وإن كانت مما لا يتميز كالحنطة والشعير والعسل صحت(٢)، ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ولأنها أعيان أموال فجازت(٣) الشركة فيها وإن لم تسم أثمانها كالذي لا يتميز، ولأن حقيقة الشركة أن يملك أحدهما الآخر نصف عرضه وتحصل أيديهما على جميع المال وهذا موجود في مسألتنا كما لو صرح بأن قال له: بعتك نصف

(١) «المدونة» (٤ / ٢٢)، «التفريع» (٢ / ٢٠٥ ـ ٢٠٦)، «الرسالة» (٢١٩ ـ ٢٢٠)، «الكافي» (٣٩٣)، «المعونة» (٢ / ١١٤٤)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩٣)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٤٣).
وهذا مذهب الأوزاعي وابن أبي ليلى وعثمان البتي، أفاده الجصاص.
وانظر: «فقه الإمام الأوزاعي» (٢ / ٢٣٦)، وبه قال أحمد في رواية عنه. انظر: «المغني» (٥ / ١٢٥).

(٢) «مختصر المزني» (١٠٩)، «الإقناع» (١٠٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٩٣)، «فتح العزيز» (١٠ / ٤٠٧)، «حاشية الشرقاوي على التحرير» (٢ / ١١)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٦ ـ ٧).
وقال الثوري وأبو يوسف وابن شبرمة بعدم الجواز.
انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٥ / رقم ١٦٦٤) للجصاص، «فتح القدير» (٥ / ١٦)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٥٩)، «الشركات في الشريعة الإسلامية» (١ / ١٠٨، ١٢٠) للخياط، «الشركات في الفقه الإسلامي» (٣٦، ٣٨) للخفيف.

(٣) في الأصل: «فجاز».

ثوبي بنصف ثوبك أو إذا كان مما لا يتميز[١].

مسألة ٩٢٦

لا تصح الشركة إذا انفرد كل واحد بمال نفسه من غير أن تكون يد الآخر عليه حتى تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في تابوتهما أو حانوتهما أو على يد وكيلهما؛ فتصح حينئذ الشركة وإن لم يخلطاه وإن كانت أعيانه متميزة[٢]، وقال أبو حنيفة: تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما في يده إذا عيَّنا المال وأحضراه إلا أنه متى هلك أحد المالين كان من ربه إذا هلك قبل الخلط[٣]، وقال الشافعي: لا تصح

---

(١) العروض رأس مال معلوم؛ فتصح الشركة فيها، ويمكن الخروج من خلاف المانعين بوسيلة الحيلة التي لجأ إليها كل الفقهاء المانعين للشركة بالعروض، وقد اضطرهم إلى ذلك قيام الحاجة إلى الشركة فيها، والتيسير على الناس في ذلك، والحيلة تتم في أن يبيع كل واحد من الشريكين نصف عروضه بنصف ما لصاحبه من العروض، لتصير عروض كل منهما شركة ملك على التساوي، ثم يعقدان بينهما شركة عقد على المتاجرة بهذه العروض المشتركة، هذا إذا كانت الشركة على التساوي، أما إذا كان مال أحدهما عروضاً والآخر نقداً باع أحدهما نصف ماله بنصف نقد الآخر، ويتقاضيان ويخلطان جميعاً حتى يصير النقد بينهما، والعروض بينهما، ويعقدان على ذلك عقد الشركة.

ومن هنا يرى جواز أن تكون الشركة في العروض إما بأعيانها وتعتبر قيمتها عند العقد، أو بالحيلة.

وانظر عدا المصادر السابقة: «المحلى» (٨ / ١٢٢).

(٢) «المعونة» (٢ / ١١٤٥)، «التفريع» (٢ / ٢٠٦)، «الكافي» (٣٩٠)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩٣)، «مواهب الجليل» (٥ / ١٢٥)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٣٥٠ ـ ٣٥١).

ولا يشترط عند الحنابلة لصحة الشركة اختلاف المالين إذا تعيَّن المال وأحضر.

انظر: «المغني» (٥ / ١٧).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٠٧)، «اللباب» (٢ / ١٢٥)، «المبسوط» (١١ / ١٥٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٦ / رقم ١٦٦٥) للجصاص.

ووقع خلاف بين زفر من جهة وأبي حنيفة ومحمد من جهة أخرى، بينما ذهب أبو يوسف كما تقدم إلى عدم جواز الشركة بغير النقود.

وانظر: «الشركات في الشريعة الإسلامية» (١ / ١٢٠ ـ ١٢١)، «الشركات في الفقه الإسلامي» (٣٨).

الشركة إلا أن يخلطا رأس المال حتى لا يتميز بعضه عن بعض[(١)].

فدليلنا على أبي حنيفة أن الشركة تقتضي تساويهما في الاشتراك بالمال، وإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة؛ لأنهما على ما كانا عليه من انفراد المالين؛ فلم يحصل منهما إلا القول، ومجرد القول لا تأثير له بدليل أنهما لو عقدا الشركة على مال ولم يعيناه لم تنعقد، ولأن كل واحد من المالين يتلف على ملك صاحبه؛ فلم يثبت به شركة، أصله سائر أمواله عكسه إذا خلطاه أو كانت أيديهما عليه، ولأن كل مال في يد صاحبه كالشركة على الطعام، ولأنهم وافقونا على أن الخسران لا يكون بينهما؛ فكذٰلك يجب أن يكون الربح بعلة أنه أحد نوعي الشركة.

(فصل): ودليلنا على الشافعي أن أيديهما ثابتة على المالين كما لو خلطاه.

مسألة ٩٢٧

شركة الأبدان[(٢)] جائزة في الجملة[(٣)]، خلافاً

---

(١) «حلية العلماء» (٥ / ٩٤ ـ ٩٧)، «تكملة المجموع» (١٣ / ٨٣)، «فتح العزيز» (١٠ / ٤٠٩)، «الإقناع» (١ / ٢٩٢)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٤٤ ـ ٢٤٥).
وهٰذا مذهب الظاهرية. انظر: «المحلى» (٨ / ١٢٢).

(٢) وتسمى (شركة الصنائع) و (شركة الأعمال)؛ لأنَّ العمل يكون بالبدن، وصورتها: أن يشترك اثنان في عمل القصارة والصباغة على أن يتقبلا الأعمال ويعملا فيما أخذا من الأجر؛ فهو بينهما. انظر: «الفتاوى الهندية» (٢ / ٣٠٨).

(٣) «المعونة» (٢ / ١١٤٤)، وقال: «... فتجوز بشرطين: أحدهما اتفاق الصناعتين كاشتراك في الخياطة والقصارة والنجارة وغير ذٰلك من الصناعة، وتجوز عندنا في الاصطياد والاحتطاب، ولا تجوز مع اختلاف الصناعتين كقصار وحداد وصباغ وصواغ. والثاني أن يكونا في موضع واحد، فإذا افترقت الأمكنة لم تجز الشركة اتفقت الصناعات أو اختلفت، وإن افترقت الصناعتان لم يجز افترقت الأمكنة أو اختلفت».
وانظر: «المدونة» (٤ / ٢٢ ـ ط دار الفكر)، «التفريع» (٢ / ٢٠٥)، «الرسالة» (٢١٩ ـ ٢٢٠)، «الكافي» (٣٩٠ ـ ٣٩٣)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٥٥)، «أسهل المدارك» (٢ / ٣٥٨)، «مواهب الجليل» (٥ / ١٣٦ ـ ١٣٧)، «القوانين الفقهية» (٢٧٤).

للشافعي[1]؛ لأن المقصود من شركة المال هو العمل، بدليل أن نماء المال واستحقاق الربح يكون من العمل، وأنهما لو شرطا العمل على أحدهما لم يجز، وإن شرطا المال من أحدهما والعمل من الآخر لصح وكان ذٰلك مضاربة، وإذا صح هٰذا وجب متى اشتركا في عمل البدن أن يصح لإيقاعهما العقد على المعنى الذي يقصد له وهو الأصل فيه، ولأن العمل أحد نوعي القراض فصحت الشركة به؛ كالمال، ولأن كل ما جاز أن يستفاد به الربح في حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه؛ كالمال[2].

= وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «تحفة الفقهاء» (٣ / ١٥)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٥٧)، «حاشية البابرتي على الهداية» (٥ / ٢٨)، «الفتاوى الهندية» (٢ / ٣٠٨)، «الاختيار» (٣ / ١٧)، «فتح القدير» (٦ / ١٨٦)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٣٢١).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٥ / ٣ ـ ط المنار)، «الإنصاف» (٥ / ٤٦٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٣٩)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٢٩ ـ ٢٣٠)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٢٧).

(١) «مختصر المزني» (ص ١٠٩)، «المهذب» (١ / ٣٥٣)، «الوجيز» (١ / ١٨٧)، «فتح العزيز» (١٠ / ٤١٥)، «المنهاج» (٦٣)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢١٢)، «تكملة المجموع» (١٤ / ٥٤)، «الروضة» (٤ / ٢٧٩)، «الحاوي» (٦ / ٤٧٩ ـ ط دار الكتب العلمية)، «الإقناع» (١ / ٤٩٢)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٣٣٢)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٠١ / رقم ١٢٨)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٤٨).

وهٰذا مذهب الظاهرية.

انظر: «المحلى» (٨ / ١٤١ ـ ١٤٣).

وفي «حلية العلماء» (٥ / ٩٨): «ومن أصحابنا من قال: للشافعي رحمه الله قول آخر أنها جائزة، وليس بشيء».

(٢) شركة الأبدان جائزة مراعاة لحاجات الناس ومصالح معايشهم، ولا يوجد في الشرع ما يقضي بالمنع، والأصل في أبواب المعاملات التوسعة في الحل، ما لم يقم الدليل على الحرمة.

انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٠ / ٧٥)، «الشركات في الشريعة الإسلامية» (٢ / ٣٥ ـ ٤٢)، «نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية» (٢ / ١٠٨ ـ ١٠٩).

مسألة ٩٢٨

وتجوز الشركة في الاصطياد والاحتطاب[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢]؛ لأنها شركة بدن في تكسب مباح؛ كالخياطة والقصارة، ولأن الحاجة في التعاون إلى ذٰلك كالحاجة إليه في سائر الصناعات.

مسألة ٩٢٩

ومن شرط شركة الأبدان اتفاق الصنعة المشترك فيها[٣]، خلافاً لأبي حنيفة في تجويزه اشتراك القصار والدباغ[٤]؛ لأن أحدهما لا رفق له في شركة الآخر، ولا حاجة به إلى معاونته ولا تعلق لكسبه في عمله، فلم يبق إلا قصدهما الغرر والقمار، ولأنَّ كل واحد منهما يشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه بمشاركة الآخر في مثل ذٰلك، فأشبه أن يقول: اتَّجر في مالك لنفسك وأتجر أنا في مالي لنفسي، فما ربحتُ فلك نصفُه، وما ربحتَ لي نصفُه.

مسألة ٩٣٠

شركة المفاوضة[٥] جائزة في

---

(١) «المعونة» (٢ / ١١٤٤، ١١٤٨)، «المدونة» (٤ / ٢٢)، «الخرشي» (٦ / ٦٠)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٥٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٥٥).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥ / ٥ ـ ٦)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٢٩)، «كشاف القناع» (٢ / ٢٧١ ـ ٢٧٢).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٠٧)، «المبسوط» (١١ / ٢١٧)، «اللباب» (٢ / ١٢٩) «بدائع الصنائع» (٦ / ٦٣).

(٣) «المعونة» (٢ / ١١٤٤، ١١٤٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٥٥)، «الكافي» (٣٩٢ ـ ٣٩٣).

(٤) «الاختيار» (٣ / ١٧)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٣٢١)، «حاشية البابرتي على الهداية» (٥ / ٢٨)، «فتح القدير» (٦ / ١٨٦)، «مختصر الطحاوي» (١٠٧)، «اللباب» (٢ / ١٢٧ ـ ١٢٨).

(٥) معناها لغةً: المساواة، وهي أن يفوِّض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره.

الجملة[١]، خلافاً للشافعي[٢]؛ لأنها نوع شركة فيما يصلح انعقاد الشركة عليه بوجه ينفرد باسم، فوجب أن يكون منه الصحيح والفاسد كالضمان والتقييد بشركة المفاوضة احترازاً من شركة الوجوه؛ لأن شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة، وتعلق الوكالة بها كتعلقها بالضمان وإنما تزيد بالكفالة، وذٰلك لا يمنع صحتها[٣].

(فصل): وليس من شرطها أن تكون رؤوس الأموال فيها متساوية[٤]، خلافاً

= انظر: «تصحيح التنبيه» (ص ٧٥)، «طلبة الطلبة» (ص ٢٢٠)، «المغني في الإنباء عن غريب المهذب والأسماء» (١ / ٣٧٣).

(١) «بداية المجتهد» (٢ / ٢٧١)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٦ / ٤٤)، «المعونة» (٢ / ١١٤٦)، «البهجة شرح التحفة» (٢ / ٢٠٩)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١١٦).
وهو مذهب الحنفية.
انظر: «مختصر الطحاوي» (ص ١٠٦ ـ ١٠٧)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ١٠ ـ ١٣)، «المبسوط» (١١ / ١٠٣)، «القدوري» (ص ٥١)، «الهداية» (٣ / ٤)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٢٧).

(٢) «الأم» (٣ / ٢٣٢) ـ وفيه: «شركة المفاوضة باطل، ولا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلاً» ـ، «مختصر المزني» (١٠٩)، «الإقناع» (١٠٨)، «المهذب» (١ / ٣٥٣)، «الوجيز» (١ / ١٨٧)، «المنهاج» (ص ٦٣)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢١٢)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٤)، «حلية العلماء» (٥ / ٩٩ ـ ١٠٠)، «البجيرمي» (٣ / ٤٠)، «الإقناع» (٢/ ٢٩٢)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٣٣٣)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٠٠ / رقم ١٢٧)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٤٨).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥ / ١٣٨ ـ ١٣٩)، «الفروع» (٤ / ٤٠٣ ـ ٤٠٤)، «الروض المربع» (٢ / ٣٠٠)، «منتهى الإرادات» (١ / ٤٧٥).

(٣) ليس في نصوص الشريعة ما يدل على تحريم (شركة المفاوضة)، والغرر غير متحقق فيها، وليس فيها استغلال شريك لآخر؛ لأنّ كلاً من الشركاء راض بأن يلتزم بالحقوق التي يلتزم بها شريكه، وأن يقوم بالواجبات التي تقتضيها الشركة، فهم متشاركون فيما لها وما عليها.
وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٠ / ٣٥٣)، «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٢ / ١٠٨٧ ـ ١٠٨٨)، «الشركات في الفقه الإسلامي» (٦٠) للخفيف، «الشركات في الشريعة الإسلامية» (٢ / ٢٢ ـ ٢٧)، «نظرية الغرر» (٢ / ١٠٢ ـ ١٠٥).

(٤) «المعونة» (٢ / ١١٤٧)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٧١)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٤٤)، «البهجة» (٢ / ٢٠٩)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٣٤٩ ـ ٣٥٠).

لأبي حنيفة[١]، وكذٰلك ليس من شرطها ألا يبقى لأحدهما مال إلا ويدخل في الشركة خلافاً له؛ لأن كل شركة جازت مع تماثل رؤوس الأموال جازت مع اختلافها؛ كالعنان، ولأن عقد الشركة يقتضي بيع نصيب أحدهما بقسطه من نصيب الآخر وتوكيل أحدهما الآخر في التصرف، وذٰلك لا يفتقر إلى تساوي المالين.

مسألة ٩٣١

شركة الوجوه[٢] باطلة[٣] وصفتها أن يَتَّجِرا بوجوههما ويشتريا في ذممهما ويكون ما حصل من كسب بينهما وما حصل من ضمان عليهما، وقال أبو حنيفة: تصح[٤].

---

(١) «مختصر الطحاوي» (١٠٧)، «المبسوط» (١١ / ١٩٩)، «اللباب» (٢ / ١٢٢)، «فتح القدير» (٥ / ٢٠)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٦٠ ـ ٦٢)، «الهداية» (٣ / ٣)، «الاختيار» (٣ / ١٨)، «البحر الرائق» (٥ / ١٨٢)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٥٢١).

(٢) صورتها أن يشترك اثنان ليس لهما مال ولٰكن لهما وجاهة عند الناس فيقولان: اشتركنا على أن نشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد، على أن ما رزق الله سبحانه من ربح فهو بيننا على شرط كذا. انظر: «طلبة الطلبة» (ص ٢٢٠ ـ ٢٢١).

(٣) «المعونة» (٢ / ١١٤٤)، «حدود ابن عرفة» (٣٢٦ ـ ٣٢٧)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩٥)، «قوانين الأحكام» (٢٤٤ ـ ٢٤٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٨٦).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «المهذب» (١ / ٤٥٦)، «فتح العزيز» (١٠ / ٤١٧)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢١٢)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢ / ٣٣٣)، «حلية العلماء» (٥ / ١٠٢)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٥).

(٤) «المبسوط» (١١ / ١٥٤)، «الهداية» (٣ / ١١)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ١٣ ـ ١٤)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٥٧)، «الفتاوى الهندية» (٢ / ٣٢٧)، «البحر الرائق» (٥ / ١٩٧)، «فتح القدير» (٦ / ١٨٦)، «درر الحكام» (٢ / ٣٢٣)، «طلبة الطلبة» (٢٢٠ ـ ٢٢١).
وهي جائزة عند الحنابلة أيضاً.
انظر: «الهداية» (٢ / ١١)، «المغني» (٥ / ١٢٢)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٢٨)، «الروض المربع» (٢ / ٢٩٨)، «التنقيح المشبع» (١٦٠)، «هدية الراغب» (١ / ٣٧٠ ـ ٣٧٢).
وانظر: «الفقه على المذاهب الأربعة» (٣ / ٧٤)، «رحمة الأمة في اختلاف الأئمة» (١ / ١٩٧)، «الميزان الكبرى» (٢ / ٨٣)

فدليلنا أنها شركة بغير مال ولا صناعة؛ فلم تصح، أصله إذا قال: بعني عبدك وأنا شريكك في ثمنه[١].

مسألة ٩٣٢

الربح في الشركة يتقسط على قدر رأس المال أو العمل، فإنْ تفاضلا في رأس المال وشرط التساوي في الربح أو تساويا في رأس المال وشرط التفاضل في الربح لم تصح[٢]، وقال أبو حنيفة: تصح مع الشرط[٣].

فدليلنا أنهما عقدا شركة في مال أو عمل بينهما، فوجب أن يقسط الربح بينهما

---

(١) هٰذه الشركة جائزة؛ لأنها تقوم على عمل والعمل جائز، والتغرير غير واضح فيها، والتراضي قائم بين الشريكين، وليس فيها استغلال لأحد، ولا إضرار به، ولا يحرم الشيء لاحتمال وقوع الغرر فيه إذا لم يتحقق كما لا يمنع البيع لاحتمال وقوع الغش به.
انظر بسط المسألة وأدلتها في: «الشركات في الشريعة الإسلامية» (١ / ٤٦ ـ ٤٩)، «نظرية الغرر» (٢ / ١٠٦ ـ ١٠٧).
وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٠ / ٧٤، ٨١)، «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٢ / ١٠٨٨ ـ ١٠٨٩).

(٢) «المدونة» (٥ / ٦٢)، «الكافي» (٣٩١)، «المعونة» (٢ / ١١٤٣)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٧٧)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٤٧).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الوجيز» (١١٢)، «فتح العزيز» (١٠ / ٤٢٧).
وهو مذهب الظاهرية.
انظر: «المحلى» (٨ / ١٤٤).
وإليه ذهب زفر.
انظر: «بدائع الصنائع» (٦ / ٦٢).

(٣) «المبسوط» (١١ / ١٧٦)، «مختصر القدوري» (٥١ ـ ٥٢)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٧)، «الهداية» (٣ / ٧)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٦١)، «الاختيار» (٢ / ٧٩)، «رؤوس المسائل» (٣٢٩)، «مجمع الضمانات» (٣٠٤)، «الدرر الحكام» (٢ / ٣١١)، «غنية ذو الأحكام» (٢ / ٣١١).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٠٦)، «المغني» (٥ / ٢٦)، «كشاف القناع» (٢ / ٢٥٦).

على مقداره كما لو أطلقا، ولأن اشتراط العمل على أحدهما استئجار من الآخر له بفضل ربح ماله، وذلك غرر، ولأن من قولهم إنه إذا كان لأحدهم ألف والآخر ألفان وشرط العمل على صاحب الألفين لم يجز، وإن شرط على صاحب الألف جاز، فنقول: لأن كل واحد ترك العمل المستحق عليه بحق الشركة بما بذل في فضل ربح ماله كما لو شرط العمل على صاحب الألفين والربح بينهما نصفين أو شرط أكثر الربح الذي لا يعمل، وأقله للذي يعمل(١).

مسألة ٩٣٣

إذا اشتركا شركة فاسدة ثم تصرفا وربحا؛ فإن الربح يقسم على رأس المال ثم يرجع أحدهما على الآخر بأجرة مثل عمله على ماله(٢)، وقال أبو حنيفة: لا رجوع

---

(١) يرى الحنفية والحنابلة أن استحقاق الربح يكون بواحدٍ من الأمور الثلاثة: المال، والعمل، والضمان، بينما يخالفهم الآخرون؛ فيرون أن استحقاق الربح لا يكون إلا بالمال فقط، والصواب ما ذهب إليه الأولون؛ لأن الآخرين يقرّان المضاربة، والعامل في المضاربة يستحق الربح بالعمل، بل بشرط العمل، بدليل أن المضارب إذا استعان برب المال استحق الربح، وإن لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه؛ فهذا إقرار باستحقاق الربح في العمل، فكيف يجيزونه في شركة المضاربة ويمنعونه فيما إذا شرط أحد الشريكين زيادة في الربح لحذقه في العمل مع تساويهما في المال، وبناءً عليه؛ فإن للشريكين أن يتفقا على توزيع الأرباح، إذا كانا مشتركين بالمال متساوياً أو متفاضلاً، أو كان المال من جانب والعمل من جانب آخر، تساوى الربح أو تفاضل، فإذا شرط الشريكان أو الشركاء العمل على صاحب الحصة الأكبر في رأس المال وشرط لصاحب الحصة الأقل زيادة في الربح لا تصح الشركة، لأنَّ صاحب الأقل لا يستحق الربح لا بمال ولا بعمل، بخلاف ما إذا اشترط العمل بل صاحب الأقل، فيستحق حينئذ الزيادة في الربح، ربح بمقدار ماله، وزيادة بقدر عمله، ولا تصح الشركة إذا شرط لبعض الشركاء دراهم معلومة أو ربح عين معينة أو ثوب معين أو ربح إحدى السفرتين، أو ما يربح من مال في سنة كذا، أو شهر كذا؛ لأنه قد لا تربح الشركة غير ذلك، وهذا منافٍ لمقتضى الشركة.

انظر: «الشركات في الشريعة الإسلامية» (١ / ١٥٦ ـ ١٦١).

(٢) «المعونة» (٢ / ١١٤٣)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٦٥).

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.

انظر: «المغني» (٥ / ١٧ ـ ط المنار)، «الشركات في الشريعة الإسلامية» (١ / ٣٢٩ ـ ٣٣٠).

لأحدهما على الآخر بأجرة[١].

فدليلنا أن عقد الشركة المبتغى منه الاشتراك في الربح الحادث، فإذا وقع فاسداً وجب أن يستحق العامل أجرة مثل عمله على عامل غيره؛ كالقراض.

* * * * *

---

(١) «الاختيار» (٣ / ١٧)، «جامع الفصولين» (٢ / ٤٢)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٦٥، ٧٧)، «فتح القدير» (٥ / ٣٣).

بسم الله الرحمٰن الرحيم

كتاب الوكالة

مسألة ٩٣٤

تجوز وكالة الحاضر والغائب والرجل والمرأة[(١)]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تصح إلا أن يكون مريضاً أو امرأة غير متبرزة[(٢)].

فدليلنا عليه أنَّ علياً وكل عقيلاً في خلافة أبي بكر وقيل عمر رضي الله عنهما وقال: «هٰذا عقيل ما قضى عليه فعليّ، وما قضي له فلي»[(٣)]؛ فلم يختلف عليه أحد

---

(١) «المدونة» (٣ / ٢٦٥)، «التفريع» (٢ / ٣١٦)، «الكافي» (٣٩٤، ٣٩٥)، «المعونة» (٢ / ١٢٣٧)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٠١)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩٨).

وهٰذا مذهب الشافعية وابن أبي ليلى.

انظر: «مختصر المزني» (ص ١٠٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٦٨).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٠٨ ـ ١٠٩)، «اللباب» (٢ / ١٣٩)، «الاختيار» (٢ / ١٥٧)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٥٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٦٨).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٧ / ٢٩٩ / رقم ٣٢٢٨) من طريق محمد بن إسحاق، عن جهم بن أبي الجهم؛ قال: «حدثني من سمع عبدالله بن جعفر يحدث أن علياً كان لا يحضر الخصومة، وكان يقول: إن لها قحماً يحضرها الشيطان، فجعل خصومته إلى عقيل، فلمَّا كَبُر ورقَّ حوَّلها إليَّ؛ فكان علي يقول: ما قضى لوكيلي فلي، وما قضى على وكيلي فعليَّ».

وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٨١) عن ابن إسحاق عن جهم بنحوه.

وأخرجه أبو عبيد في «الغريب» ـ ومن طريقه البيهقي (٦ / ٨١) وفي «الخلافيات» (ق ٢١٤ / أ ـ «مختصره»)، عن ابن إسحاق عن رجل من أهل المدينة يقال له جهم ـ عن علي، به.

وإسناده ضعيف.

ولا أنكره، ولأن كل توكيل صح مع الغيبة صح مع الحضور؛ كتوكيل المريض والمرأة، ولأن كل وكالة صحت برضا الموكل عليه صحت مع عدم رضاه؛ كوكالة الغائب والمرأة التي ليست مبرزة، ولأنه توكيل فيما يصلح التوكيل فيه؛ فجاز مع الغيبة والحضور؛ كالتوكيل في الشراء والبيع.

مسألة ٩٣٥

يصح التوكيل من غير حضور الخصم ويسمع الحاكم البينة عليهما[1]، وقال أبو حنيفة: لا يجوز إلا أن تتعلق الخصومة بحاضر بأن يدعي على جماعة فيحضر واحد ويغيب الباقون[2].

فدليلنا على أن التوكيل في الخصومة يصح في مجلس الحكم وإن لم يحضر الخصم أنه توكيل على استيفاء حق يصح التوكيل فيه، فلم يكن من شرطه حضور من يستوفى منه الحق، أصله إذا حضر واحد وغاب الباقون، ولأنه استنابه فيما تصح النيابة فيه؛ فلم يفتقر إلى حضور الغير فيه؛ كالوكيل في البيع والشراء، ودليلنا أن تثبيت الوكالة يصح من غير حضور الخصم أن كل من لم يكن رضاه شرطًا في تثبيت الوكالة لم يكن حضوره شرطًا، أصله غير الخصم ولأن تثبيت الوكالة لا يتعلق به حق الخصم ولا عليه؛ فلم يفتقر إلى الحضور فيه؛ لأنه لا تعلق له به.

= وهو في «مسند زيد» (ص ٢٥٨).
انظر «الإرواء» (٥/ ٢٨٧) كتابي «المحاماة» (ص ٦٦).

(١) «المعونة» (٢/ ١٢٣٧)، «التفريع» (٢/ ٣١٦)، «الكافي» (٣٩٤).
وهذا مذهب الشافعية.
وبه قال أبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى.
انظر: «حلية العلماء» (٥/ ١٢٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٦٧)، «مختصر المزني» (ص ١٠٨) «الإشراف» (٢/ ٤٥٠) لابن المنذر.
وفي الأصل: «البيّنة عليهما».

(٢) «الاختيار» (٢/ ١٥٧)، «مختصر الطحاوي» (١٠٨)، «اللباب» (٢/ ١٣٩)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٤٥١)، «مجمع الضمانات» (٢٦٤).

مسألة ٩٣٦

يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة من غير حضور موكله[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢]؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا شخص فلم يفتقر إلى حضوره، أصله الطلاق، وإن شئت عللت الشخص فقلت: إن كل من لم يكن رضاه شرطًا في رفع عقد لم يكن حضوره شرطًا فيه، أصله الزوجة في الطلاق، ولأنه عقد جائز؛ فكان لأحدهما فسخه من غير حضور صاحبه كالقراض، ولأنه أحد متعاقدي الوكالة؛ فلم يقف فسخها من جهته على حضور الآخر؛ كالموكل.

مسألة ٩٣٧

لا يقبل إقرار الوكيل على موكله لا عند حاكم ولا غيره[٣]، وقال أبو حنيفة: يقبل إقراره عليه في مجلس الحكم ولا يقبل في غيره[٤]، وقال أبو يوسف ومحمد: يقبل

---

(١) وهذا مشروط بعدم حصول الضرر على الموكل.
انظر «المعونة» (٢/ ١٢٤٢)، «التفريع» (٢/ ٣١٧)، «الكافي» (٣٩٦)، «جامع الأمهات» (ص ٣٩٩)، «جواهر الإكليل» (٢/ ١٢٥)، «جواهر الإكليل» (٢/ ١٣٢).
وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.
انظر: «المهذب» (١/ ٣٦٣ ـ ٣٦٤)، «الوجيز» (١/ ١٩٣)، «روضة الطالبين» (١/ ٣٣٠)، «المغني» (٥/ ١٢٥)، «حلية العلماء» (٥/ ١٥٥ ـ ١٥٦).

(٢) «مختصر الطحاوي»(١٠٩)، «اللباب» (٢/ ١٤٥)، «المبسوط» (١٩/ ١٥)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٨٥) «البناية»(٧/ ٣٧٦).

(٣) «الذخيرة»(٨/ ١٤)، «مواهب الجليل» (٥/ ١٨٨ ـ ١٨٩) «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٧٨).
وهذا مذهب زفر.
انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٦٩).

(٤) القدوري (٥٥ ـ ٥٦)، «المبسوط» (١٩/ ٤ ـ ٥)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٨٣)، «البدائع» (٧/ ٣٤٥١)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٢٧٩ ـ ٢٨١)، «مجمع الضمانات» (٢٦٢).
وهذا مذهب محمد، خلافًا لما سيأتي عند المصنف.
انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٩٦)، «حاشية شهاب الدين الشلبي على تبيين الحقائق» (٤/ ٢٨٠).

في مجلس الحكم وغيره[١].

ودليلنا أن التوكيل في الخصومة إذا أطلق تضمن المنع من الإقرار؛ لأن ذلك ينافي المقصود من التوكيل لأنه إذا قال له وكلتك على أن تخاصم عني فقد تضمن ذلك طلب الحق وتحصيله وإثبات البينة به واستخراجه من يد الخصم، والإقرار نقيضه يسقط ذلك كله، فكان مقتضى الوكالة مانعًا من ذلك، ولأنه إسقاط حق لسبب لا يملك الوكيل إسقاطه به في غير مجلس الحكم؛ فلم يملك إسقاطه به في مجلس الحكم أصله الإبراء، ولأنه وكيل أقر على موكله بالقبض؛ فلم يقبل، أصله إذا نهاه عنه، ولأنه إقرار من وكيل على من وكله بقبض ما وكله فيه؛ فلم يقبل كما لو أقر في مجلس الحكم.

مسألة ٩٣٨

يجوز التوكيل في استيفاء[٢] القصاص مع غيبة الموكل[٣]، خلافًا لأبي حنيفة[٤] وأحد قولي الشافعي[٥]؛ لأن كل ما صحت النيابة فيه لغير الموكل صحت مع غيبته؛ كالبيع واستيفاء الأموال وحقوقها.

---

(١) هذا قول أبي يوسف فقط.
انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٦٩)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٢٧٩ ـ ٢٨٠).
وانظر: «الوكالة في الفقه الإسلامي» (١٩٦ ـ ١٩٩).

(٢) أي: تنفيذ.

(٣) «بداية المجتهد»(٢/ ٣٠١)، «مواهب الجليل» (٥/ ١٨١)، «جواهر الإكليل» (٢/ ١٢٥).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٠٩)، «بدائع الصنائع» (٦ـ٢١/ ٢٢)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٢٥٥)، «فتح القدير» (٧/ ٥٠٤ ـ ٥٠٥).

(٥) عندهم في المسألة طرق، أظهرها أنه يجوز قولاً واحدًا، وهو اختيار القاضي أبي الطيب والشيخ أبي أحمد وأبي إسحاق المروزي.
انظر: «تكملة المجموع» (١٣/ ٥٤١)، «حلية العلماء» (٥/ ١١٣ ـ ١١٤)، «إخلاص الناوي» (٢/ ٢٤٩، ٢٥٠).
وانظر: «الوكالة في الفقه الإسلامي» (١٦٢ ـ ١٦٤).

مسألة ٩٣٩

يجوز للأب والوصي أن يستوفيا مال الصغير وأن يبيعا عليه من أنفسهما ما لم يحابيا، وكذلك الوكيل يشتري ما وكل في بيعه[١]، وأجازه أبو حنيفة في الأب والجد والوصي ومنعه في الوكيل[٢]، ومنعه الشافعي في الجميع إلا الأب والجد[٣].

فدليلنا في الوصي والوكيل وأمين الحاكم أن تصرف الوصي بولاية فأشبه الأب والجد، ولأنه لما أقامه الأب مقام نفسه ملك أن يبيع من نفسه كالأب، ولأنه متى باع من نفسه بزيادة على ما يباع به علم أنه أراد نفع اليتيم فنفذ تصرفه فيه كما لو باعه من أجنبي، ولأنه يجوز له بيعه من الأجنبي بما لا زيادة فيه متيقنة فيبيعه من نفسه بالزيادة المتيقنة أولى، ولأن الغرض من البيع حصول الثمن لا أعيان المشترين بدليل أن الوكيل إذا ابتاع لموكله ولم يسمه جاز، فإذا ثبت ذلك؛ فمتى حصل الثمن مستوفى فيجب أن يصح الشراء كما لو حصل من أجنبي[٤].

---

(١) «الكافي» (٣٩٦) ، «جامع الأمهات» (ص٥٤٨)، «التاج والإكليل» (٥/ ٢٠٠)، «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (٣/ ٥١٢ ـ ٥١٣)، «الخرشي» (٦/ ٧٧).
وهذا هو المذهب عند الحنابلة.
انظر: «المغني» (٧/ ٢٣١)، «الإنصاف» (٣٧٨٥)، «كشاف القناع» (٣/ ٤٦٢).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١١٠)، «الاختيار» (٢/ ١٦٢)، «البحر الرائق» (٧/ ١٦٧)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٢٧٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٧٢/ رقم ١٧٤٨)، «المبسوط» (١٩/ ٣٢)، «نتائج الأفكار» (٨/ ٧٤)، «حاشية ابن عابدين»(٥/ ٥٢١)، «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٤/ ٢٧٠)، «منحة الخالق» (٧/ ١٦٦)، «مجمع الضمانات» (٢٥٠، ٢٦١).

(٣) «مغني المحتاج» (٢/ ٢٢٤ـ ٢٢٥)، «مختصر المزني» (١١١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٠٤ـ ٣٠٥)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٣٤)، «تكملة المجموع»(١٣/ ١٥٧ ـ ١٥٩)، «حلية العلماء» (٥/ ١٢٧ ـ ١٢٨)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢/ ٣٤٢).
وقال الأوزاعي: يبيعه من نفسه إذا علم صاحبه، وقال الليث: يبيعه من نفسه ناقصًا ما يعطى بها أو أكثر، وفي الصرف لا يبيعه من نفسه إلا أن يكون الأمر حاضرًا، وقال زفر: لا يجوز للأب والجد أيضًا البيع من نفسه، كما لا يجوز لغيرهما. أفاده الجصاص والشاشي والقفال.

(٤) المنع في الوكالة لحقّ الموكل حفظًا لماله من محاباة الوكيل، فإذا أذن فقد أمن المحاباة، وتنازل عن حقه برضاه فلم يعد هناك سبب وجيهٌ للمنع.

=

مسألة ٩٤٠

إذا وكَّله في بيع سلعة وكالة مطلقة لم يجز أن يبيع إلا بثمن مثله نقدًا لا نساء بنقد البلد[١]، وقال أبو حنيفة: يجوز له أن يبيع إلى أجل وبغير نقد البلد وبنقصان من ثمن المثل، ووافق في التوكيل في شراء عبد أنه لا يجوز له أن يشتري بأكثر من ثمنه مما لا يتغابن بمثله ولا إلى أجل[٢].

فدليلنا على أنه لا يجوز فيه الغبن المتفاوت به أنه توكيل في معاوضة؛ فوجب أن يقتضي ثمن المثل أو ما قاربه، أصله التوكيل في الشراء، ولأن كل جهة إذا ملك بها الشراء لم يجز أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، فإذا ملك بها البيع لم يجز أن يبيع بأقل من ثمن المثل؛ كالوصية، ولأن المحاباة في معنى الهبة بدليل اعتبارها أنها إذا وقعت في المرض من الثلث، وقد ثبت أن الوكيل لا يملك الهبة؛ فلم يملك المحاباة، ودليلنا على أنه لا يجوز إلى أجل أن البيع المطلق في الشريعة يقتضي التقييد بدليل أن من قال لرجل: بعتك هذا الثوب بدينار، فقال: قبلت؛ اقتضى النقد بحق الإطلاق، فإذا كان الوكيل إنما أذن له في بيع مطلق فكأنه إنما أذن له على وجه المعقول منه، وهو النقد؛ فلم يجز بيعه على غيره، ودليلنا على أن الإطلاق يقتضي

= انظر بسط المسألة وأدلتها في: «أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي» (١/ ٣٥٧ ـ ٣٥٩)، «الوكالة في الفقه الإسلامي» (ص٢٠٣ ـ ٢٠٥).

(١) «المعونة» (٢/ ١٢٣٩)، «التفريع» (٢/ ٣١٧)، «الكافي» (٣٩٤)، «جامع الأمهات» (٣٩٨)، «معين الحكام» (٢/ ٦٧٠، ٦٧٨ ـ ٦٧٩، ٦٨٤)، «جواهر الإكليل» (٢/ ١٢٥).
وهذا مذهب الشافعية.
انظر: «مختصر المزني» (ص ١١١)، «المهذب» (١/ ٣٦١)، «الوجيز» (١/ ١٩١)، «حلية العلماء» (٥/ ١٣٣)، «تكملة المجموع» (١٣/ ١٦٥).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١١١)، «اللباب» (٢/ ١٤٧)، «رؤوس المسائل» (٣٣٥)، «المبسوط» (١٩/ ٣٦)، «البدائع» (٧/ ٣٤٦٣)، «البناية» (٧/ ٣٢٧)، «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٥٢٢)، «مجمع الضمانات» (٢٤٩).
وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز أن يبيع حالاً ومؤجَّلاً، ولكن بثمن المثل، ونقد البلد. أفاده الشاشي القفال والزمخشري وغيرهما.

نقد البلد أن الموكل لو باعه بنفسه بيعًا مطلقًا لاقتضى نقد البلد، فكذلك إذا أذن الموكل فيه.

مسألة ٩٤١

ومن له في ذمة رجل دين أو غيره عين من الأعيان في غير ذمته فجاءه من ادعى أنه وكيل صاحب الحق في تسليم ذلك الحق منه ولا بينة له، فصدَّقه الذي عليه الحق، فلا يجبر على تسليمه[١]، وفصل أبو حنيفة بين العين وما في الذمة، فقال: يجبر على أن يعطيه ما في ذمته ولا يجبر على تسليم الأعيان[٢]، وقال أبو يوسف: يجبر في الموضعين[٣].

فدليلنا أن كل من لم يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على تسليم الحق إليه كالأجنبي، ولأنه أقر على غيره بالتوكيل؛ فلم يلزمه بحكم ذلك الإقرار تسليم ما في يديه إلى الوكيل؛ كالأعيان.

مسألة ٩٤٢

توكيل المراهق لا أعرف نصًا فيه، وعندي أنه لا يصح، خلافًا لأبي حنيفة[٤]؛ لأن كل من لم يصح أن يوكل لم يصح أن يتوكل؛ كالمجنون، ولأنه غير مكلف؛ كالصغير والمجنون.

مسألة ٩٤٣

اختلف أصحابنا في الوكيل يعزله الموكل فيتصرف بعد عزله وقبل علمه بالعزل؛ فمنهم من يقول: يبطل تصرفه بعزله علم أو لم يعلم[٥]؛ ومنهم من يقول:

---

(١) «المعونة» (٢/ ١٢٤٠ ـ ١٢٤١)، «التفريع» (٢/ ٣١٦)، «الكافي» (٣٩٥ـ٣٩٦).

(٢) «مجمع الضمانات» (٢٥٣ ـ ٢٥٤).

(٣) وهذا اختيار المزني أيضًا. انظر: «حلية العلماء» (٥/ ١٥١).

(٤) انظر: «جامع الأسرار في شرح المنار» للكاكي (٤/ ١٢٥٣ ـ ١٢٥٤)، «شرح المنار» لابن ملك مع «حواشيه» (ص ٩٤٥).

(٥) «المدونة» (٤/ ٢٤٣)، «المعونة» (٢/ ١٢٤٣)، «التفريع» (٢/ ٣١٧)، «الكافي» (٣٩٥)، =«جامع=

لا يبطل إذا لم يعلم[(١)]، وهو قول أهل العراق[(٢)]، واختلف في ذلك قول الشافعي[(٣)].

فدليلنا على أنه لا ينفذ أنه عقد لا يفتقر إلى رضا شخص فلم يفتقر إلى علمه بفسخه كالطلاق، ولأنه سبب تنفسخ به الوكالة؛ فلم يختلف فيه حكم العلم والجهل، أصله إذا وكله ببيع عبد فباعه الموكل قبل بيع الوكيل، ولأن بقاء الوكالة ليس فيه حق للوكيل؛ لأن للموكل عزله شاء أو أبى، فكان كالنكاح الذي ليس في إبقائه حق للزوجة لأن الزوج رفعه بالطلاق الثلاث شاءت أو أبت، فلم يختلف في رفعه حكم العلم والجهل.

مسألة ٩٤٤

إذا وكله في أن يبيع له سلعة بيعًا فاسدًا كالربا والغرر والخمر والخنزير لم يصح، ولم يملك الوكيل بذلك أن يبيعها بيعًا صحيحًا، كذلك يجيء على

= الأمهات» (ص ٣٩٩)، «معين الحكام» (٢/ ٦٧١)، «مواهب الجليل» (٥/ ١٨٨، ٢١٤ ـ ٢١٥).
وخالف ابن القاسم أصله واختلف قوله في المسألة.
انظر تفصيل ذلك في: «معين الحكام» (٢/ ٦٧١ ـ ٦٧٢).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥/ ٨٩).

(١) «المعونة» (٢/ ١٢٤٣)، «التفريع» (٢/ ٣١٧)، «الكافي» (٣٩٥).

(٢) «مختصر الطحاوي» (ص ١٠٩ ـ ١١٠)، «المبسوط» (١٩/ ١٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٨٢ ـ ٨٣)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٣٧ ـ ٣٩).

(٣) «مختصر المزني» (ص ١١٠)، «المهذب» (١/ ٣٦٣ ـ ٣٦٤)، «الوجيز» (١/ ١٩٣)، «الروضة» (١/ ٣٣٠)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٥٢ ـ ٥٥»، «تكملة المجموع» (١٣/ ١٩٣)، «حلية العلماء» (٥/ ١٥٤).
ولأحمد روايتان.
انظر: «المغني» (٥/ ١٢٥ ـ ط المنار).
وانظر تفصيل المسألة في: «الوكالة في الفقه الإسلامي» (٢٣٦ ـ ٢٤٠).

المذهب[١]، وهو قول الشافعي[٢]، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك[٣].

فدليلنا أنه توكيل لا يتضمن بيعًا شرعيا، فوجب أن لا يملك به الوكيل البيع، أصله إذا وكله في إجارة شيء فباعه، فإنه لا يملك بيعه، ولأن كل من لم يملك التصرف على الوجه الذي أذن له فيه لم يملكه على غيره، أصله إذا وكله في أن يزوجه ذات محرم، ولأن الوكيل نائب عن الموكل فيما كان له أن يفعله، وقد ثبت أن الموكل لم يكن له بيع سلعته بما وكله فيه؛ فكان الوكيل بأن لا يجوز له ذلك أولى[٤].

مسألة ٩٤٥

إذا وكّله في ابتياع شيء فابتاعه على الصفة التي وكله عليها، وذكر أنه ابتاعه لموكله؛ فإن الملك ينتقل إلى الموكل دون الوكيل[٥]، وقال أبو حنيفة: ينتقل أولاً إلى الوكيل ثم إلى الموكل[٦].

---

(١) «مواهب الجليل» (٥/ ١٩٠)، « والتاج الإكليل»، «منح الجليل» (٦/ ٣٦٥)، «حاشية الرهوني» (٦/ ١١٣).

(٢) «تكملة المجموع» (١٤/ ٢٣٢ ـ ٢٣٣ ـ ط دار إحياء التراث)، «الأشباه والنظائر» (٤٦٣)، «الحاوي الكبير» (٨/ ١٨٦)، «حلية العلماء» (٥/ ١٤٦)، «إخلاص الناوي» (٢/ ٢٦٤).

(٣) «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٤٦٦)، «مجمع الضمانات» (٣٧٨).

(٤) (من صحت منه مباشرة الشيء صح توكيله فيه غيره؛ وتوكله فيه عن غيره ومن لا فلا)، وهذه قاعدة فقهية ذكرها السيوطي في «الأشباه والنظائر» (ص ٢٦٣) وعليها يخرج المنع، والله أعلم.
وانظر: «الوكالة في الفقه الإسلامي» (١٣٧).

(٥) «المدونة» (٤/ ٢٤٧)، «معين الحكام» (٢/ ٦٧٩ ـ ٦٨٠)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٩٢)، «إيضاح السالك» (ص ٢٧٦/ ق ٦٣)، «قواعد المقّري» (رقم ٨٦٨)، «مواهب الجليل» (٥/ ١٨١)، «شرح الزرقاني» (٦/ ٧٢)، «الخرشي» (٤/ ٢٨٤)، «حاشية الرهوني» (٦/ ١٠٨).
وهذا مذهب الشافعية.
انظر: «تكملة المجموع» (١٣/ ١٥٢)، «حلية العلماء» (٥/ ١٤٥).

(٦) «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٤٧٦ـ ٣٤٧٧)، «نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار» (٨/ ٩٥ ـ ٩٨)، «مجمع الضمانات» (ص ٢٤٨).

فدليلنا هو أنه توكيل في معاوضة، فإذا صح العقد الموكل لم ينتقل إلى ملك الوكيل كالتوكيل في النكاح، ولأنه مبتاع لغيره، فإذا لزم الابتياع الغير لم ينتقل إليه، كالحاكم إذا ابتاع لليتيم[1].

* * * *

(١) تظهر ثمرة الخلاف فيما إذا وكَّل المسلم ذميًّا في شراء خمر لم يصح التوكيل، ولا يصح الشراء، خلافًا لأبي حنيفة.

كتاب الإقرار[١]

مسألة ٩٤٦

إقرار المراهق[٢] لا يصح[٣]، وقال أبو حنيفة: إذا أذن وليه في التجارة صح[٤].

فدليلنا أنه غير مكلف فلم يصح إقراره؛ كالصغير.

---

(١) هو الإخبار عن أمرٍ يتعلق به حق للغير.
انظر: «تبصرة الحكام» (٢ / ٥٣)، «النظم المستعذب» (٢ / ٣٤٤).

(٢) في المطبوع: «المراهن»، والتصويب من الأصل و «الذخيرة» (٩ / ٢٥٨).

(٣) نقله عنه القرافي في «الذخيرة» (٩ / ٢٥٨) فقال: «وقال صاحب «الإشراف» وهو القاضي عبدالوهاب: لا يصح إقرار المراهق؛ لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ ـ وفي بعضها: حتى يحتلم ـ»، وزمن إقراره كان القلم مرفوعاً عنه، وقياساً على الشهادة أو على غير المأذون».
وانظر: «شرح الدردير» (٢ / ١٦٠)، «بلغة السالك» (٢ / ١٧٦).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «المهذب» (٢ / ٣٤٤)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٢٥)، «فتح العزيز» (١١ / ٩١)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٦٦).

(٤) «البحر الرائق» (٧ / ٢٧٢)، «بدائع الصنائع» (٧ / ١٩٢ ـ ١٩٣)، «الهداية» (٤ / ١٠)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢١٩)، «أحكام القرآن» للجصاص (٢ / ٦٢)، «مجمع الضمانات» (٣٦٥).
وانظر بسط المسألة في: «نظرية الإثبات» (١ / ٨٩) لحسين مؤمن، «طرق القضاء في الشريعة الإسلامية» لأحمد إبراهيم (ص ١٣٧)، «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (٢ / ٧٩) لعبدالله الركبان، «طرائق الحكم المتفق عليها والمختلف فيها في الشريعة الإسلامية» (ص ١٧٢ ـ ١٧٣).

مسألة ٩٤٧

إذا أقر بمال ولم يذكر مبلغه؛ فاختلف أصحابنا فيه؛ [على أقوال: أحدها: أنه يرجع في تفسيره إليه فإذا فسّر شيئاً][1] قبل منه قل أو كثر، ولو قيراطاً أو حبة، قاله الشيخ أبو بكر[2]، وهو قول الشافعي[3]، والآخر أنه يلزمه أقل نصاب من نصب الزكاة من أنواع أموالهم، وهو قول ابن المواز[4]، والآخر أنه يلزمه أقل ما يستباح به البضع والقطع[5].

فوجه الأول: أنه لفظ مجمل، فإذا لم يكن له تقدير في عرف اللغة والشرع

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من المطبوع والأصل، ومشار إليه في هامش الأصل: بكلمة «نقص»، والمثبت من «المعونة»، و(ط).

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٤٥)، «الكافي» (٤٥٧ ـ ٤٦٠)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢١٧).

(٣) «الأم» (٣ / ٢٣٧)، «مختصر المزني» (١١٣)، «الإقناع» (١٩٩)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٣٩ ـ ٤٤١)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٢٨٠).

(٤) «المعونة» (٢ / ١٢٤٥)، «الكافي» (٤٥٧ ـ ٤٦٠)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢١٧)، «التاج والإكليل» (٥ / ٢٢٨).

وهٰذا قول عند الحنفية. انظر: «الهداية» (٣ / ١٣٢).

(٥) وعليه لا يقبل أقل من عشرة دراهم، وذكر أنه مذهب أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقبل أقل من مئتي درهم. وقال الليث بن سعد: لا يقبل منه أقل من اثنين وسبعين درهماً. قاله الشاشي القفال.

وانظر: «مجمع الضمانات» (٣٦٤ـ٣٦٥).

وقال أبو الوليد الباجي في «فصول الأحكام» (ص ٢٥٦): «ومن قال: لفلانٍ عندي دراهم ثم مات؛ حكم لفلان بثلاثة دراهم. ولو قال: دراهم كثيرة؛ حكم له بمئتي درهم. فإن قال: دنانير كثيرة؛ حكم له بعشرين ديناراً. قاله سحنون. وقال ابن عبدالحكم: لا يحكم له بأزيد من ثلاثة دنانير؛ لأنها أقل الجمع عند أهل اللغة، وإن قال: لفلان عندي مئتا درهم إلا عشرة دراهم حكم له بآخر ما لفظ من العشرة. ولو قال: لفلان عليّ مال لزمه مئتا درهم. قاله ابن سحنون. قال محمد: يلزمه ما يجب القطع فيه، وذٰلك ربع دينار».

قال المازري: الأشهر أن الواجب في الإقرار بمال: نصاب زكاة أهل المقر من العين ذهباً، أو فضة، ومقتضى النظر رد الحكم لمقتضى اللغة، أو الشرع، أو عرف الاستعمال.

رجع في تفسيره إليه كما لو قال: له عندي شيء أو حق.

ووجه الثاني: أن المال له تقدير في اللغة والشريعة، أما في اللغة؛ فإنهم لا يعقلون من قولهم: فلان من أرباب المال أنه يملك دانقاً أو درهماً، وإنما يعقلون زيادة على ذٰلك ببينة، وأما الشرع؛ فقد ثبت أن النصاب مال لقوله عليه السلام: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول»[١]، فلم يثبت لما دونه هٰذا الاسم يوجب صرف الكلام إليه.

ووجه الثالث: أنه إذا ثبت التقدير بما ذكرناه وكان المال اسماً لمقدار من الكثرة يزيد على القليل النزر كان أقل تقدير يملك حمله عليه ما ذكرناه؛ لقوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، وقد ثبت أن أول المهور ربع دينار، وقول عائشة رضي الله عنها: كان رسول الله ﷺ لا يقطع في التافه وكان يقطع في ربع دينار[٢].

مسألة ٩٤٨

إذا قال: «له علي مال عظيم أو كثير» اختلف أصحابنا فيه؛ فمنهم من يقول: هو كإقراره بمال فقط يرجع في تفسيره إليه[٣]، وهو قول الشيخ أبي

---

(١) أخرجه الترمذي (٦٣١)، والدارقطني (٢ / ٩٠)، والبيهقي (٤ / ١٠٤) في «سننهم»، والبغوي في «شرح السنة» (رقم ١٥٧٦)؛ من طريق ابن عمر مرفوعاً.
وإسناده ضعيف، انظر تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ١٨٦٤).
وصح موقوفاً عن ابن عمر، عند: مالك في «الموطأ» (٦٤٠ ـ أبو مصعب)، وعبدالرزاق (٧٠٣٠، ٧٠٣١) وابن أبي شيبة (٣ / ١٥٩) في «مصنفيهما»، والترمذي في «جامعه» (رقم ٦٣٢).

(٢) أخرج البخاري في «صحيحه» (كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾، رقم ٦٧٨٩، ٦٧٩٠، ٦٧٩١)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها، رقم ١٦٨٤)؛ عن عائشة قالت: قال النبي ﷺ: «تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً».
وأخرج ابن أبي شيبة (٩ / ٤٧٦ - ٤٧٧)، وابن عدي (٤ / ١٥٠٩) عن عائشة قالت: لم يكن يُقطع على عهد النبي ﷺ في الشيء التافه، لفظ ابن أبي شيبة ورجاله ثقات، وروي مرسلاً من الراوي عنها وهو عروة عند: عبدالرزاق (١٠ / ٢٣٤ - ٢٣٥)، وابن أبي شيبة (٩ / ٢٧٥)، والبيهقي (٨ / ٢٥٦)، ورجح البيهقي أن هذا اللفظ من قول عروة.

(٣) «المعونة» (٢ / ١٢٤٦)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢١٨ ـ ٢١٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠١).
وهٰذا قول ابن عبدالحكم. انظر: «فصول الأحكام» (٢٥٦).

بكر[١]، ومنهم من يقول: لا بد من صفة زائدة. فاختلفوا؛ فمنهم من يقول: [إنه] أول نصاب من نُصُب[٢] الزكاة[٣]، وهو قول أبي حنيفة[٤]، وهو الذي اختاره شيخنا رحمه الله عليه[٥]، ومنهم من يقول: زيادة على أقل مال ويرجع في تفسيره إليه[٦]، ويحتمل عندي أن يلزمه قدر الدية[٧].

وجه القول أنه لا حدَّ في ذٰلك: أنه لفظ مجمل؛ فوجب أن يرجع في بيانه إليه أصل قوله عليّ شيء أو حق، ولأن ألفاظ صاحب الشرع المجملة لما وجب الرجوع[٨] في تفسيرها إليه كذٰلك الإقرار، وكل مجمل تعلق به حكم، ولأن العظيم لا حد له في اللغة ولا في الشريعة ولا العادة، فإذا لم يثبت تقدير من أحد هٰذه الجهات وجب الرجوع فيه إلى المقر كما لو قال: له عليَّ مال معلوم أو موصوف.

ووجه إثبات التقدير: أن وصفه بالعظيم والكثير يقتضي زيادة صفة على إطلاق الاسم، كما أن قولهم: رجل طويل وقصير يقتضي إثبات[٩] صفات زائدة على مطلق الاسم، وإذا قلنا: إنه يلزمه [ما يلزمه][١٠] بقوله مال فقط، ألغينا الصفة ولا سبيل إلى ذٰلك، ولأن القيراط والحبة لا يصفها أحد في لغة ولا شرع أنه عظيم

---

(١) وهو أبو بكر الأبهري. ونقله عنه ابن عرفة؛ كما في «التاج والإكليل» (٥ / ٢٢٨).

(٢) في المطبوع: «نصف»!! والمثبت من الأصل والمصادر، وما بين المعقوفتين سقط من الأصل.

(٣) وهٰذا مذهب أبي يوسف ومحمد.
وانظر: «المعونة» (٢ / ١٢٤٦)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٤٠، ٣٤٧)، «الهداية» (٣ / ١٣٢).

(٤) «تحفة الفقهاء» (٣ / ٣٢٥)، «الهداية» (٣ / ١٣٢ ـ ١٣٣)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٥٩١ ـ ٥٩٢)، «رؤوس المسائل» (٣٣٨)، «المبسوط» (١٨ / ٩٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٢٠)، «مجمع الضمانات» (٣٦٤ ـ ٣٦٥، ٣٦٩، ٣٧٦ ـ ٣٧٧).

(٥) وهو أبو الحسن ابن القصار كما في هامش الأصل، وقاله ابن سحنون؛ كما في «فصول الأحكام» (٢٥٦)، وهو الأشهر على قول المازري المتقدم في التعليق على المسألة السابقة. وانظر: «المغني» لابن قدامة (٥ / ١٣٩).

(٦) «حلية العلماء» (٨ / ٣٤١).

(٧) «المعونة» (٢ / ١٢٤٦).

(٨) في الأصل: «في الرجوع».

(٩) سقط من المطبوع.

(١٠) من المطبوع (جداول التصويب) فقط.

ولا كثير، فلم يصح تعلق الحكم به، ولأنه لو قال: له عليَّ مال حقير أو قليل أو نزر ثم وصفه بالدانق والقيراط لقبل ذٰلك منه، وذٰلك يقتضي أن يكون وصفه بالعظيم والكثير بخلاف وصفه بالنزارة والقلَّة، فإذا ثبت اعتبار التقدير؛ فوجه القول بالنصاب أنه أقل ما يسمى به مالاً في الشرع؛ فوجب اعتباره.

ووجه القول أنه يرجع في تفسيرها: له غاية، وقد ثبت وجوب زيادة على مطلق الاسم ولم يثبت تقدير فيه، فوجب الرجوع إليه في تقديره.

ووجه ما ذكرتُه من اعتبار الدِّية: أن وصفه بالعظيم يقتضي المبالغة فيه، فوجب أن يطلب له من التقدير أعلى ما في بابه؛ لأنَّ ذٰلك عظيم من وجه، وقليل من وجه، والوصف له؛ بالعظيم يقتضي تخصيصه بهٰذا المعنى، وانتفاء غيره عنه، والله أعلم.

مسألة ٩٤٩

إذا قال: له عليَّ دراهم، أو قال: دنانير؛ لزمه ثلاثة دراهم، وهٰذا مبنيٌّ[١] على أقل الجمع[٢]؛ فعند مالك أنه ثلاثة[٣]، وقال عبدالملك: أقله اثنان[٤]، فيجب على قوله أن يلزمه درهمان، والكلام في هٰذا هو الكلام في أصول الفقه؛ إلا أنا نذكر جملاً منه.

فدليلنا على [أن أقل الجمع ثلاثة][٥] أن أهل العربية قسموا الكلام إلى توحيد[٦] وتثنية وجمع؛ فيجب انفراد كل واحد من هٰذا الأقسام بمعناه، وأن لا يحكم لأحدهما بما يحكم به للآخر إلا مجازاً، فكما لا يجوز أن يقال: إنَّ التوحيد

---

(١) تحرف في المطبوع إلى «مبين».

(٢) «المعونة» (٢/ ١٢٤٨)، وعنه «الذخيرة» (٩/ ٢٨١)، «جامع الأمهات» (٤٠١).
ونقل الزركشي في «البحر المحيط» (٣/ ١٣٧) كلام القاضي عبدالوهاب هٰذا.

(٣) «المعونة» (٢/ ١٢٤٨)، «فصول الأحكام» (٢٥٦)، «الاستغناء» (٥٤٦ـ٥٤٧).

(٤) انظر: «حلية العلماء» (٨/ ٣٤٦ـ٣٤٧).

(٥) من هامش الأصلين.

(٦) في «المعونة»: «آحاد».

معقول من إطلاق لفظ الجمع، كذٰلك في التثنية؛ لأن في ذٰلك إبطال التقسيم، ولأن الأصل في اختلاف التسمية والصيغة أنه لاختلاف معاني المسميات، إلا أن يعلم بدليل أن المعنى واحد، ولأن العرف إذا أطلق القول بأن في الدار رجالاً وأن بمكة ثياباً أنه أكثر من اثنين؛ فوجب حمل الكلام على مفهوم إطلاقه[١].

مسألة ٩٥٠

إذا قال: له عليَّ ألف ودرهم لزمه درهم، ويرجع في بيان جنس الألف إليه، فأي شيء فسره به قُبِل منه[٢]، وكذٰلك ألف وثوب أو عبد وما أشبه ذٰلك لا يكون الثاني تفسيراً للأول، وقال أبو حنيفة[٣]: إن كان المفسر من جنس ما يكال أو يوزن أو يباع عدداً كان عطفه تفسير الأول وحمل على أنه من نوعه؛ كقوله: ودرهم وجوزة ومأكول طعام، فإنْ كان مما لا يكال ولا يوزن ولا يعد لم يحمل على تفسير له.

فدليلنا أن العطف يكون على [غير][٤] جنسه كقوله: ضربت رجلاً وثوراً أو رأيت ثوراً وحماراً؛ فلم يكن تفسير العطف دلالة على أن المعطوف عليه من جنسه لإمكان أن يكون من غير جنسه ولا ظاهر في ذٰلك فيصار إليه؛ لأن كل عطف لزم به حق لم يكن لازماً بما بعده لم يكن تفسيراً لما تقدمه، أصله قوله: عليَّ ألف وثوب،

---

(١) أرجح الأقوال أنَّ أقلَّ الجمع اثنان، والخلاف في هٰذه المسألة غير منضبط.
وانظر بسطه في: «البحر المحيط» (٣ / ٩٧، ١٣٦ ـ١٤٥)، «تأويل مشكل القرآن» (٢١٨)، «الصاحبي» لابن فارس (٣٤٩ ـ ٣٥٠)، «المحصول» (٢ / ٣٧٠ ـ ٣٧٧)، «المعتمد» (١ / ٢٤٨ ـ ٢٤٩)، «المزهر» (١ / ٣٣٣) للسيوطي.

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٥٠)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٢٧ ـ ٢٢٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٠).
وهٰذا مذهب الشافعية. انظر: «المهذب» (٢ / ٣٥٠)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٥٠ ـ ٣٥١).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١١٣)، «اللباب» (٢ / ٧٩).
وبه قال أبو ثور. انظر: «حلية العلماء» (٨ / ٣٥١).
وحكى في «الحاوي» عن أبي حنيفة ومحمد: أنه إذا قال له: عليَّ ألف إلا درهماً؛ كان الجميع دراهم، وإن قال: ألف إلا عبداً؛ كان الجميع عبيداً على قول محمد.

(٤) من هامش المطبوع.

فإنْ شئت قلت كل لفظ، وهو أولى من قولك كل عطف؛ لأنه يستمر في الطرد والعكس، وهٰذا إذا قال: ألف درهم أو ألف ثوب؛ لما كان قوله: درهم وثوب لا يلزم به حق بنفسه كان تفسيراً لما تقدم.

مسألة ٩٥١

استثناء الأكثر من الأقل يصح[١]، خلافاً لمن منعه[٢]؛ لأن حقيقة الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لوجب تناوله هٰكذا حده أهل العربية ولم يقصروا ذٰلك على أن يكون أقل مما بقي أو أكثر، ولأن الغرض بالاستثناء كأنه استدراك للمتكلم

---

(١) «المعونة» (٢ / ١٢٥٣)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٣٠ ـ ٢٣١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٢)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ١٠٣)، «الاستغناء في أحكام الاستثناء» (ص ٥٣٦).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «المهذب» (٢ / ٣٥٠)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٥١ ـ ٣٥٢).

(٢) وهو عبدالملك والقاضي أبو بكر في آخر أقواله، وهو قول ابن مغيث في «وثائقه»، وقال: «هٰذا مذهب مالك وأصحابه خلاف ما نقله صاحب «الجواهر»».
انظر: «المعونة» (٢ / ١٢٥٣)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٣٠ ـ ٢٣١)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ١٠٣)، «الاستغناء» (٥٣٦).
والمراد أن عبدالملك لا يجيز استثناء ما زاد على النصف؛ لأنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقلّ، وقد أنكر استثناء الأكثر.
قال أبو إسحاق الزجاج: لم يأتِ الاستثناء إلا في القليل من الكثير، ولو قال قائل: مئة إلا تسعة وتسعين؛ لم يكن متكلّماً بالعربية، وكان عيّاً من الكلام ولُكْنَةً. وقال القتبي: يقال: صمت الشهر إلا يوماً، ولا يقال: صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوماً. ويقال: لقيت القوم جميعهم إلا واحداً أو اثنين، ولا يجوز أن يقول: لقيت القوم إلا أكثرهم.
وهٰذا مذهب سيبويه والخليل والنضر بن شميل وجماهير البصريين، وقال الزبيدي في «شرح الجزولية: «مذهب البصريين لا بد أن يكون».
وحكي هٰذا عن ابن درستويه النحوي، وهو قول أحمد، وزاد القاضي أبو بكر والحنابلة القول بالمنع من الاستثناء المساوي.
انظر: «مختصر الخرقي» (٩٩)، «المغني» (٥ / ١٢٩ ـ ١٣٠)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٥١ ـ ٣٥٢)، «الإحكام» (٢ / ٢٧٥) للآمدي، «المحصول» (٢ / ٧٧٢) للرازي، «الاستغناء» (٥٣٦، ٥٤٥ ـ ٥٤٦، ٧٢٢ ـ ٧٢٣)، «البحر المحيط» (٣ / ٢٨٨ ـ ٢٨٩).

على نفسه فيما أطلقه من الصيغة العامة، وذٰلك يستوي فيه القليل والكثير، ولأنه في معنى التخصيص لا فرق بينهما إلا في الاتصاف والانفصال وهما يجتمعان في أنهما يخرجان ما لم يرد في الصيغة العامة، وقد ثبت أن التخصيص يتناول الأكثر والأقل؛ فكذٰلك الاستثناء، ولأن المخالف ليس يدعي أن ذٰلك لا يتأتى، ولٰكن يقول: إنه لم يوجد مستعملاً وهٰذا القدر لا يضر؛ لأنا لم نجدهم يستثنون من كل جنس وكل عدد، ولٰكن لما عرفت أغراضهم في القدر الذي وجد من كلامهم علمنا أنه لا فصل بين الجميع، وكذٰلك في الاستثناء لا فصل بين القليل والكثير، ولا يلزم على هٰذا استثناء الكل كما لا يلزم في التخصيص؛ لأن ذٰلك يبطل معنى الاستثناء؛ لأنه يتضمن إخراج البعض ولا يتضمن ذٰلك في الكل[1].

مسألة ٩٥٢

الاستثناء من غير الجنس جائز يتعلق به الحكم[2]، وقال أبو حنيفة: يصح إذا

---

(١) الدليل عن المنقول والمعقول على جواز صحة استثناء الأكثر والمساوي، قال تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢]، والغاوون أكثر. وقال الشاعر:

أدوا التي نقصت تسعين من مئة ... ثم ابعثوا حَكَماً بالحق قوّالا

وأما المعقول؛ فهو أن الاستثناء لفظ يُخرج من الجملة ما لولاه لدخل فيها، فجاز إخراج الأكثر به؛ كالتخصيص بالدليل المنفصل، وكاستثناء الأقل، هٰذا ما يخص الأكثر، وأما المساوي؛ فدليله قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلْمُزَّمِّلُ ۝ قُمِ ٱلَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا ۝ نِّصْفَهُۥٓ﴾ [المزمل: ١ ـ ٣]، استثنى النصف، وليس بأقلّ.

وانظر بسط الأدلة وتوجيهها وردود العلماء في: «الاستغناء» (٥٣٧ ـ ٥٤٦)، «الإحكام» (٢ / ٢٧٥ ـ ٢٧٨) للآمدي، «البحر المحيط» (٣ / ٢٨٨ ـ ٢٩٣).

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٥٢)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٣١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٢)، «الاستغناء» (٧٢٣ ـ ٧٢٥).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «البحر المحيط» (٣ / ٢٧٨)، «الإحكام» (٢ / ٢٧٠) للآمدي، «المحصول» (٢ / ٧٦٦)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٥٢)، «قواطع الأدلة» (١ / ٢١٣).

وشرطهم أن تكون القيمة مناسبة للثوب مثلاً لئلا يعد نادماً، قال القرافي: «ولا ينبغي أن ينازعهم أصحابنا في هٰذا؛ فإنه مقتضى القواعد».

كان مما يكال أو يوزن أو يعد؛ كقوله: ألف درهم إلا كر حنطة، وإلا مئة جوزة وما أشبه ذٰلك، ولا يصح عنده فيما لا يكال ولا يوزن ولا يعدّ؛ كقوله: ألف دينار إلا عبداً أو ثوباً(١)، وقال محمد بن الحسن وزفر: لا يجوز الاستثناء من غير الجنس أصلاً(٢).

فدليلنا اللغة واستعمال أهلها ذٰلك، قال تعالى: ﴿ فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ * إِلَّآ إِبْلِيسَ ﴾ [الحجر: ٣٠ ـ ٣١]، فاستثناه وليس منهم، وقال تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ﴾ [النساء: ٩٢]، فاستثناه مما ليس له، وذٰلك لا يتعلق بما ليس له لا لفظاً ولا معنى؛ لأن الخطأ لا يدخل تحت ما للمكلف أن يفعله وليس له ونظير ذٰلك في القرآن كثير، وقال النابغة:

.... بالربع من أحدِ

إلا الأواري(٣) ....

وليست من جنس واحد، وقال آخر:

وبلدة ليس بها أنيس ... إلا اليعافيرُ وإلا العيسُ(٤)

---

(١) «مختصر الطحاوي» (١١٤)، «المبسوط» (١٨ / ٨٧)، «الهداية» (٣ / ١٣٥)، «اللباب» (٢ / ٧٩)، «مجمع الضمانات» (٣٧١).

(٢) «المبسوط» (١٨ / ٨٧)، «الهداية» (٣ / ١٣٥)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٥٣)، «مجمع الضمانات» (٣٧١، ٣٧٤)، «البحر المحيط» (٣ / ٢٨٠).

(٣) «ديوان النابغة الذبياني» (٢ / ٣)، والبيتان هما:

وقفتُ فيها أصيلانا أسائلها ... عيّتْ جواباً وما بالرّبع من أحدِ

إلا الأواري لأياً ما أبينُها ... والنؤي كالحوض بالمظلومةِ الجلدِ

وانظر: «الكتاب» (٢ / ٣٢١)، «معجم شواهد اللغة» (١ / ١١٧).

و (الأواري) جمع آريّة؛ فهي الحبل المجعول في الأرض التي تربط به الخيل وغيرها.

و (النؤي): دائرة تعمل حول البيت، يميل إليها ماء المطر والحشرات؛ فلا يصل ذٰلك إلى البيت ولا من فيه، وهو من (ناء) إذا بعد.

(٤) الشعر لجران العود في «ديوانه» (ص ٥٢) هٰكذا: «بسا بسا ليس به أنيس...».

والأول أقوى، وفائدة هٰذه المسألة إذا قال: له عليَّ ألف درهم إلا ثوباً؛ فإنه يستثني قيمة ما استثناه[1].

مسألة ٩٥٣

إذا قال: له عليَّ ألف درهم في كيس أو ثوب أو منديل أو تمر في جراب كان هٰذا إقراراً بما في الأوعية ولم يكن إقراراً بالأوعية[2]، خلافاً لأبي حنيفة[3]؛ لأن

= وانظر: «معجم الشواهد النحوية» (٤٨١)، «الكتاب» (١ / ٢٦٣ و٢ / ٣٢٢)، «التصريح» (١ / ٣٥٣)، «الاستغناء» (٥١٣).

والشاعر استثنى اليعافير، والعيس من الأنيس، وإن لم يكن منهم، ومعناه الذي يقوم مقام الأنيس اليعافير والعيس.

و (اليعافير): جمع (يعفور)، وهو ولد الظّبية، وولد البقرة الوحشية، وقال بعضهم: اليعافير تيوس الظباء.

و (العيس): الإبل البيض، واحدها (أعيس)، والأنثى: (عيساء).

انظر: «البحر المحيط» (٣ / ٢٧٧) للزركشي، «الاستغناء» (٥١٩)، «النظم المستعذب» (٢ / ٣٥٠).

(١) الاستثناء من غير الجنس جائز، والخلاف: هل يسمَّى استثناء حقيقة أو مجازاً وهل يتعلق به حكم أم لا لأن أبا حنيفة جوز استثناء المكيل من المكيل مع اختلاف الجنس، واستثناء الموزون من المكيل، وأنكر بعضهم وقوعه في القرآن، والصواب وقوعه، قال ابن عطية: لا يُنكِر وقوعه في القرآن إلا أعجمي.

والقول بالجواز مشروط بأن تكون القيمة مناسبة للثوب، كما قدمناه عن القرافي.

وانظر بسط المسألة في: «الإحكام» (٢ / ٢٦٩ ـ ٢٧٥) للآمدي، «الاستغناء» (٥٠٩ ـ ٥٢٣).

(٢) نقله عنه القرافي في «الذخيرة» (٩ / ٢٧٩)، ولفظه: «قال القاضي صاحب «الإشراف»: إذا قال: له عليّ ألف من كيس، أو تمر في منديل، أو تبر في جراب؛ إقرار بالمظروف دون الظرف».

وقال في «المعونة» (٢ / ١٢٥٢): «إذا قال: له علي ثوب في منديل أو في صندوق كان مقراً بالثوب دون الوعاء، ولو قال: له عندي عسل في زق لكان مقرّاً بالعسل والزق».

وانظر: «مواهب الجليل» (٥ / ٢٣٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠١).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «المهذب» (٢ / ٣٥١)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٥٥)

(٣) «مختصر الطحاوي» (١١٤)، «اللباب» (٢ / ٧٩)، «الهداية» (٣ / ١٣٤)، «البناية» (٧ / ٥٥٦)، «رؤوس المسائل» (٣٣٩).

قوله في جراب: لا يتضمن أكثر من الإخبار عن وعاء الشيء المقر به ويحتمل أن يكون الوعاء داخلاً في الإقرار، ويحتمل أن يكون خارجاً عنه، فلم يجز أن يحكم فيه بالشك، ولا يلزم عليه عسل في زق؛ لأنه لا يتصور انفراده عن وعاء؛ فحكم بدخول وعائه في الإقرار، بخلاف مسألتنا[١].

مسألة ٩٥٤

إذا أقر لأجانب لا يتهم بهم أقر لبعضهم في الصحة ولبعضهم في المرض وضاقت التركة عن استيفاء حقوقهم؛ فإنهم يتساوون في المحاصة[٢]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يبدأ غرماء الصحة[٣]؛ لأنه دين ثبت في المرض؛ فوجب أن يساوي الدين الثابت في الصحة، دليله (إذا ثبت بالبينة في المرض)[٤] لأنه حق لو ثبت بالبينة في المرض لشارك من يثبت له؛ فوجب إذا ثبت بالإقرار أن يشاركه صاحبه ويثبت له مثله حال الصحة، أصله إذا أقر بوارث في المرض، ولأنه معنى ثبت به

---

(١) حكى في «الحاوي» عن بعض فقهاء المدينة، أنه إن كان المقر به ذائباً لا يستغني عن ظرف دخل الظرف في الإقرار، وإذا كان جامداً لم يدخل، وهٰذه التفرقة جرى عليها العرف؛ فهي حسنة ووجيهة، والله أعلم.

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٥٥)، «الكافي» (٤٥٧)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢١٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٠)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٤٩)، «الذخيرة» (٩ / ٢٦١).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «المهذب» (٢ / ٣٤٤)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٢٣)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٧٠).
ومذهب الحنابلة أيضاً.
انظر: «المغني» (٥ / ١٩٧ ـ ط المنار).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١١٦)، «القدوري» (٤٥)، «اللباب» (٢ / ٨٤ ـ ٨٥)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٢٠١ ـ ٢٠٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢١٠)، «المبسوط» (١٨ / ٢٦)، «الهداية» (٣ / ١٨٨ ـ ١٨٩)، «بدائع الصنائع» (١٠ / ٤٥٩٧)، «العناية» (٨ / ٣٨٣)، «البناية» (٧ / ٥٨٨)، «رؤوس المسائل» (٣٤٠)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٣)، «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٥ / ٢٤)، «إيثار الإنصاف» (٣٥٧).

(٤) في هامش الأصل والمطبوع: «لعل ما بين الهلالين زائد».

الدين في المرض فوجب أن يساوي ما ثبت به في الصحة، أصله البينة، ولأنهما لما استويا في ثبوت الدين عليه بإقراره وجب استواؤهما في التحاص كما استوت حال الإقرار لهما في صحة أو مرض[١].

مسألة ٩٥٥

الإقرار في المرض لوارث يثبت إذا كان لا يتهم به ولا يثبت إذا كان يتهم به[٢]، ومنعه أبو حنيفة في الموضعين[٣]، والأصح عند أصحاب الشافعي ثبوته في الموضعين[٤].

فدليلنا على ثبوته مع انتفاء التهمة أنه مكلف أقر بما لا يتهم عليه فقبل إقراره؛

---

(١) هٰذا هو الراجح؛ لأن التصرف مع الأجانب ولا تهمة في الإقرار لهم بالاستدانة، هٰذا هو الأصل، ما لم يعارضه ظاهر، وهو ضعيف.

وانظر: «الاستدانة في الفقه الإسلامي» (ص ٣٤٢ ـ ٣٤٤).

(٢) نقله عنه القرافي في «الذخيرة» (٩ / ٢٦٢).

وانظر: «المعونة» (٢ / ١٢٥٥)، «الكافي» (٤٥٧)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢١٨ ـ ٢١٩)، «منتخب الأحكام» (٢ / ٨٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٠)، «فصول الأحكام» (ص ٢٥٥) ـ وعزاه للقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله وإبراهيم النخعي ويحيى بن سعيد الأنصاري، وقال: «وقال الحسن البصري وشريح: إقراره لوارث جائز، وليس به عمل» ـ، «حاشية زروق على الرسالة» (٢ / ٣١٥).

(٣) «اللباب» (٢ / ٨٥)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٢٠٢)، «العناية» (٧ / ٨)، «مختصر الطحاوي» (١١٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢١٠ / رقم ١٩٠٦)، «المبسوط» (١٨ / ٣١)، «الاختيار» (٢ / ١٣٧)، «اللباب» (٢ / ٨٥)، «البناية» (٧ / ٥٩٢ ـ ٥٩٣)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٥)، «إيثار الإنصاف» (٣٥٧).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٥ / ٣٤٢ مع «الشرح الكبير»).

(٤) «مختصر المزني» (١١١)، «المهذب» (٢ / ٣٤٤)، «فتح العزيز» (١١ / ٩٦)، «روضة الطالبين» (٤ / ٣٥٣ ـ ٣٥٤)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٤٠)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٦٤)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٠٥ / رقم ١٣٠).

وهٰذا مذهب الظاهرية. انظر: «المحلى» (٨ / ٢٥٤).

كالأجنبي، ولأنه ممن يصح منه الإقرار للأجنبي مع ارتفاع التهمة؛ فصح إقراره للوارث مع ارتفاعها كما لو أقر في الصحة، ولأن الناس قد يكون بينهم وبين أقاربهم وورثتهم معاملات ومداينات كما يكون بين الأجانب ولا يمكنهم فيها إقامة البينة للمشقة، فلو قلنا إن الإقرار لهم في المرض لا يقبل، لاشتد على الناس طريق المخلص من المظالم إلا بقطع معاملة الأقارب جملة أو بالإشهاد في كل وقت، وكل ذٰلك موضوع لما يلحق فيه من مشقة، ولا يلزم على هٰذا أن يقال فيه تطريق إلى الوصية للوارث؛ لأن هنالك ما يحسم معه هٰذا الباب، وهو التهمة.

(فصل): ودليلنا على منعه مع التهمة خلافاً للشافعي[1] لأن الإقرار لأجنبية للزوم الدين لم يقر له؛ فوجب أن لا يثبت مع التهمة للمقر كالشهادة، ولأن المريض محجور عليه لأجل ورثته بدليل أنه ممنوع في مرضه من الهبة والصدقة ومن الوصية بأكثر من الثلث ولوارث، فلو أجزنا له إقراره مع التهمة؛ لكان ذٰلك طريقاً إلى فعل ما يمنع منه بالحجر، ولأن حال المرض حال يقصد الإنسان فيها بطبعه إلى تفضيل بعض ورثته على بعض، فإذا أقر له بمال على هٰذا الوجه كان ظاهر حاله تهمته أنه قصد تفضيله بالإقرار عوضاً عما لا يتوصل إليه بوصيته أو بهبته، وإذا كان ظاهر أمره تخصيصه بما يقوم مقام ما منع منه صار كالوصية التي ظاهرها التوصل إلى التفضيل بإقامتها مقام ما منع من تفضيله بالميراث، فإذا منع من تفضيله بأحد الأمرين وجب أن يمنع بالآخر[2].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) ينظر في الإقرار بالدين للوارث في مرض الموت، فإن وجد شواهد خلاف هٰذا الإقرار عمل به، وإن ظهر شواهد كذبه أبطل، والواجب على من عرف الحقيقة أن يعاون على البر والتقوى، فإن ظهر شواهد أحد الجانبين ترجَّح ذٰلك الجانب، وعن شواهد الصدق أن يعرف أنه كان عليه مال نحو هٰذا المقر له، ومن شواهد الكذب بيّنات وقرائن يعلم من بعضها أنه يريد حرمان الورثة.

وفي هٰذا جمع بين قول المانعين عند موضع التهمة ـ وهو مذهب الحنفية والحنابلة ـ وبين الجواز عند وجود ما يترجح أنه الصدق ـ وهو مذهب الشافعية ـ، والله أعلم.

وهٰذا القول محكي عن مالك، فيما ذكر ابن عبدالبر، وهٰذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٥/ ٤٢٧).

مسألة ٩٥٦

إذا أقر في المرض بقبض دينه ممن لا يتهم به قبل إقراره وبرىء من كان عليه الدين، سواء أدانه في المرض أو الصحة[١]، وقال أبو حنيفة: يقبل إقراره بما كان له من دين في الصحة ولا يقبل قبض ما أدانه في المرض إلا ببينة[٢].

فدليلنا أنه إقرار من مكلف بقبض دينه ممن لا يتهم به؛ فيجب قبوله، أصله إذا أقر بقبض دين أدانه في الصحة، ولأنه براءة للأباعد فاستوى فيه الصحة والمرض كما لو باع داراً في مرضه فأقر له بقبض ثمنها ووافقنا في إحدى روايتيه أنه يقبل منه، ولٰكن يكون في الثلث على إحدى الروايتين والأخرى من رأس المال[٣].

مسألة ٩٥٧

إذا قال: لفلان عليَّ درهم ثم قال: لفلان علي درهم بعد ذٰلك؛ لم يلزمه إلا درهم واحد بظاهر إقراره إلا أن يقول: أردت درهماً آخر، سواء كان في مجلس أو مجالس في يوم أو أيام[٤]، وقال أبو حنيفة: إن كان في مجلس واحد لا يلزمه إلا

= واستدل الحنفية بحديث لم يثبت.

انظر: «جامع الترمذي» (٢١٢٠)، و «سنن الدارقطني» (٤ / ١٥٢ أو رقم ٤٢١٠ ـ ٤٢٢٣ ـ بتحقيقي)، و «السنن الكبرى» للبيهقي (٤ / ٩٩، ١٠٨، ١١٢)، «نصب الراية» (٤ / ١١١)، «الإرواء» (٦ / ٨٧ / رقم ١٦٥٥).

وانظر بسط المسألة في: «الاستدانة في الفقه الإسلامي» (ص ٣٤٤ ـ ٣٤٧).

(١) «المدونة» (٥ / ٢١٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٠)، «البيان والتحصيل» (١٣ / ٩٢، ٢٥٢، ٢٨٥)، «منتخب الأحكام» (١٨٤ ـ ١٨٨)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٤٩).

(٢) «المبسوط» (١٨ / ٣٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢١١ / رقم ١٩٠٨)، «جامع الفصولين» (٢ / ٤٤).

(٣) انظر: «التاج والإكليل» (٥ / ٢٢٠)، «البيان والتحصيل» (١٠ / ٤٨٠)، «منتخب الأحكام» (١٨٦)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٤٩).

(٤) «المعونة» (٢ / ١٢٥٤)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٢٩)، «الكافي» (٤٥٨ ـ ٤٥٩).

وهٰذا مذهب الشافعية وأبي يوسف ومحمد، ومن الشافعية من يفرق بين المجلس والمجالس.

انظر: «المهذب» (٢ / ٣٤٩)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٤٤).

درهم واحد، وإن كان في مجلس آخر أو يوم آخر لزمه درهمان[١].

فدليلنا أنه أعاد الإقرار على جهته لفظاً ومعنى، فوجب أن لا يلزمه بمجرد الثاني حق آخر، دليله إذا كرره في مجلس واحد، ولأنه لو أعاد الإقرار في مجلس الشهود لم يلزمه إلا الدرهم الواحد، كذٰلك في مجلس الحكم.

مسألة ٩٥٨

إذا قال: لفلان عليَّ مئة درهم من ثمن شيء باعنيه ولم أقبضه ومنعني منه وقبل المقر له إقراره بالمئة وأنكر أن يكون باعه شيئاً؛ فالقول قوله أنه لم يبعه شيئاً ويحلف، فإذا حلف سقطت المئة عن المقر، وسواء عيَّن أو لم يعيِّن[٢]، وقال أبو حنيفة: إن أقر بالمئة وقال: هي ثمن مبيع غير معين حلف المقر له أنه لم يبعه شيئاً، وكان على المقر مئة، ووافقنا فيه إن كان في مبيع[٣] معين[٤]؛ فدليلنا أنه أقر له بثمن مبيع [معين][٥] لم يقبضه، فإذا جحد المبيع لم يستحق الثمن المقر له به، أصله إذا أقر بثمن مبيع معين.

مسألة ٩٥٩

إذا شهد شاهد على رجل أنه أقر لزيد بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين ولم ينسباها إلى جهة أو نسباها إلى جهة واحدة أو نسبها واحد وأطلق الآخر؛ فإن الألف تثبت له بشهادتهما ويحلف على الألف الأخرى مع

---

(١) «مختصر الطحاوي» (١١٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢١٣ / رقم ١٩١٢)، «المبسوط» (١٨ / ٩ ـ ١٠)، «مجمع الضمانات» (٣٧٥).

(٢) «جامع الأمهات» (ص ٤٠٢).
وهٰذا مذهب الشافعية، وقول أبي يوسف ومحمد.
انظر: «مختصر المزني» (ص ١١٤)، «الهداية» (٣ / ١٣٦)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٥٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢١٩).

(٣) في الأصل: «بيع»!!

(٤) «المبسوط» (١٨ / ١٩٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢١٨ ـ ٢١٩ / رقم ١٩٢١)، «الهداية» (٣ / ١٣٦)، «مجمع الضمانات» (٣٧٦).

(٥) سقط من (ط).

شاهده[١].

وقال أبو حنيفة: لا يثبت بهٰذه الشهادة شيء أصلاً[٢].

فدليلنا أن شهادتهما اتفقت على قدر من المال لفظاً ومعنى؛ فوجب أن يحكم به، أصله إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف وشهد الآخر أنه أقر بألف وألف، ولأن الشاهد الآخر شهد بما شهد به الشاهد الأول وزيادة؛ فوجب أن يثبت الأول كما لو شهد أنه أقر بألف وخمس مئة.

مسألة ٩٦٠

الخيار يثبت في الكفالة والضمان[٣]، خلافاً للشافعي[٤].

مسألة ٩٦١

إذا ترك ابنين فأقر أحدهما بثالث؛ فإن نسبه لا يثبت ويشاركه فيما في يده بإقراره، فيأخذ ثلث ما معه[٥]، وقال الشافعي: لا يشاركه أصلاً[٦]، وقال أبو حنيفة: يعطيه نصف ما في يده[٧].

فدليلنا على الشافعي أن الميراث يتعلق بالتركة، فإذا أقر بعض الورثة بنسبه جاز أن يلزم في حصته بإقراره، أصله الدين، ولأن النسب أحد الأسباب التي

---

(١) «نقله القرافي في «الذخيرة» (٩ / ٢٨٠) عن كتابنا هٰذا بالحرف.
وهٰذا مذهب الشافعية. انظر: «حلية العلماء» (٨ / ٣٦٦).

(٢) «مجمع الضمانات» (٣٧٦، ٣٧٨).

(٣) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٥١، ٨ / ٢٧١، ٣٢٦)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٣٥، ٣٧، ٣٩)، «فصول الأحكام» (١٨٨).

(٤) «روضة الطالبين» (٣ / ٤٥٢ ـ ٤٥٣)، «الفقه على المذاهب الأربعة» (٢ / ١٨١)، «خيارا المجلس والعيب في الفقه الإسلامي» (١٢٢ ـ ١٢٣).

(٥) «المعونة» (٢ / ١٢٥٦)، «الكافي» (٤٥٨)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢١٩ ـ ٢٢٠).

(٦) «مختصر المزني» (١١٢)، «المهذب» (٢ / ٣٥٢)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٦٦ ـ ٣٦٧).

(٧) «اللباب» (٢ / ٨٦ ـ ٨٧)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٢٠٣)، «مجمع الضمانات» (٣٨٠ ـ ٣٨١).

يستحق بها التوارث، فإذا أقر به بعض الورثة جاز أن يثبت للمقر له بقدر ما يلزم المقر لو ثبت له النسب، أصله الزوجة.

(فصل): ودليلنا على أبي حنيفة أن إقرار المقر ليس بأقوى من شهادة شاهدين بنسب المقر له، وقد ثبت أنه لو شهد له شاهدان بنسبه لم يستحق على المقر إلا ثلث ما في يده؛ فكان بأن لا يستحق زيادة على ذلك الإقرار أولى واعتباراً بإقراره بالدين والزوجية؛ فإنه لا يلزم المقر إلا ما لو أقر باقي الورثة معه لزمه مع إقرارهم كذلك في مسألتنا[1].

مسألة ٩٦٢

إذا ترك ابناً لا وارث له غيره فأقر بأخ لم يثبت نسبه وأعطاه نصف ما في يده[2]، وقال الشافعي: يثبت نسبه[3].

---

(١) «المعونة» (٢ / ١٢٥٧).

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٥٧)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٢٠)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٤٥)، «أسهل المدارك» (٢ / ٣٦١)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣٧٢).
وهذا مذهب الحنفية.
انظر: «الهداية» (٣ / ١٤٠)، «الاختيار» (٣ / ٧٩ ـ ٨٠)، «نتائج الأفكار» (٩ / ٤٧٨)، «اللباب» (٢ / ٨٧)، «مجمع الضمانات» (٣٨١)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٨٤)، «رد المحتار» (٦ / ٢٨٥ ـ ٢٨٦).

(٣) «مختصر المزني» (١١٤ ـ ١١٥)، «المهذب» (٢ / ٣٥٢، ٣٥٣)، «المجموع» (١٥ / ٢٢٠)، «روضة الطالبين» (٤ / ٤٢١ و٥ / ١٥٠)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٠٦ / رقم ١٣١)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٣٠٦)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢) ـ وفيه: «وبه قال ابن سيرين»، و: «قال مالك وابن أبي ليلى: يشاركه بثلث ما في يده كأنهم ثلاثة، وقال أبو حنيفة: يأخذ نصف ما في يده كأنهم اثنان»، وفيه: «والنسب عندنا يثبت بإقرار جميع الورثة واحداً كان أو جماعة، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وروياه عن أبي حنيفة... وقال أبو حنيفة: إذا كان الوارث واحداً لم يثبت النسب بإقراره، وإن كان اثنين يثبت في المشهور عنه، وهو قول مالك» ـ، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٦٢).
ومذهب الحنابلة ثبوت النسب بالواحد.
انظر: «المغني» (٧ / ٥٣٠)، «الإنصاف» (٥ / ٤٤٦)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٥٣)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٣٢ ـ ٢٢٣٣)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٣٢).

فدليلنا أنه إقرار من ولد واحد؛ فلم يثبت به نسب المقر له، أصله إذا كانوا جماعة، ولأن الإقرار في حق الغير ليس بأوكد من الشهادة وشهادة الواحد غير مقبولة فيه؛ فالإقرار أولى.

* * * * *

كتاب العارية

مسألة ٩٦٣

سبيل العارية[١] سبيل الرهن يضمن منها ما يغاب عليه[٢]، وقال أبو حنيفة: لا يضمن على كل وجه[٣]، وقال الشافعي: يضمن على كل وجه[٤].

فدليلنا أنها قد أخذت شبهاً من الأمانة لأن المالك بذل للمستعير منفعتها من

---

(١) هي تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض.
انظر: «شرح حدود ابن عرفة» (٢ / ٤٣٥)، «تحرير ألفاظ التنبيه» (٢٠٩).

(٢) «المدونة الكبرى» (٤ / ٣٦١)، «فصول الأحكام» (١٨٩)، «منتخب الأحكام» (٣٠٥ ـ ٣٠٦، ٣١٠)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٦٩)، «شرح حدود ابن عرفة» (٢ / ٤٦٣)، «الذخيرة» (٦ / ٢٠٣ ـ ٢٠٥)، «الكافي» (٤٠٧)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣١٣ ـ ٣١٤)، «أسهل المدارك» (٣ / ٣٠)، «معين الحكام» (٢ / ٧٦٣ ـ ٧٦٤).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١١٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٨٥ / رقم ١٨٧٦)، «المبسوط» (١١ / ١٣٤)، «القدوري» (٦٣)، «البدائع» (٨ / ٣٩٠٤)، «رؤوس المسائل» (٣٤٢)، «الاختيار» (٣ / ٥٦)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٢٨٤)، «رد المحتار» (٥ / ٦٧٨ ـ ٦٧٩)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٨٥)، «نتائج الأفكار» (٩ / ٧).

(٤) «الأم» (٣ / ٣٤٤)، «المجموع» (١٥ / ٥١ ـ ٥٢)، «روضة الطالبين» (٤ / ٤٣١)، «مختصر المزني» (١١٦)، «المهذب» (١ / ٣٧٠)، «الوجيز» (١ / ٢٠٤)، «المنهاج» (٦٩)، «حلية العلماء» (٥ / ١٨٩)، «حاشية الشرقاوي على التحرير» (٢ / ١٥٠)، «حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج» (٥ / ٤٢١)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٠٨ / رقم ١٣٢).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٧ / ٣٤٠، ٣٤٢)، «الإنصاف» (٦ / ١١٢ ـ ١١٣)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٤٥)، «كشاف القناع» (٤ / ٧٠).

غير عوض، فكان كالعبد الموصى بخدمته، وأخذت شبهاً من المضمون لأنه قبضها لمنفعة نفسه على التجريد، فجاز أن يتعلق بها الضمان، فوجب أن يكون حكمها متردداً بين الأمرين، فإذا علم تلفها بغير تفريط منه سقط الضمان، وعلى أبي حنيفة أن القبض لمنفعة القابض؛ فجاز أن يتعلق بها الضمان، كالقرض، وعلى الشافعي ما روي: «ليس على المستعير ضمان»(١)، ولأنه حيوان قبضه لمنفعة نفسه؛ فلم يضمنه به مع عدم التعدي كالعبد الموصى بخدمته، ولأنها عين قبضت لاستيفاء منفعة تطوع بها المالك فلم يضمن مع عدم التعدي؛ كالعبد الموصى بخدمته.

مسألة ٩٦٤

إذا أعاره بقعةً ليبني فيها أو يغرس؛ فقد لزمه بقبول المعار، وليس له الرجوع فيه قبل انتفاع المستعير، فإنْ وقَّت له مدة لزمه تركه إلى انقضائها، وإن لم يوقت وأطلق له لزمه ترك مدة ينتفع في مثلها(٢)، وقال أبو حنيفة(٣) والشافعي(٤): له أن يرجع في الموضعين، ودليلنا قوله عز وجل: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وقوله ﷺ: «كل معروف صدقة»(٥)، ولأن المعير قد ملكه الانتفاع

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣ / ٤١) ومن طريقه البيهقي (٦ / ٩١) من حديث عبدالله بن عمرو مرفوعاً، وإسناده ضعيف، وأفادا أنه من قول شريح، وأسنده عنه الدارقطني. وانظر: تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٢٩٢٤).

(٢) «مواهب الجليل» (٥ / ٢٦٩)، «شرح حدود ابن عرفة» (٢ / ٤٦٢ ـ ٤٦٣)، «الذخيرة» (٦ / ٢١١)، «الكافي» (٤٠٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣١٣)، «أسهل المدارك» (٣ / ٣١).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١١٦ ـ ١١٧)، «المبسوط» (١١ / ١٤١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٨٧ ـ ١٨٨ / رقم ١٨٧٧)، «الاختيار» (٣ / ٥٧)، «رد المحتار» (٥ / ٦٨١)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٨٨)، «تكملة نتائج الأفكار» (٩ / ١٤).
ومذهبهم للمعير أن يسترد الأرض ويقلع البناء والغراس، ولا ضمان عليه.

(٤) «المزني» (١١٦)، «المهذب» (١ / ٣٧٠ ـ ٣٧١)، «المجموع» (١٥ / ٥٧ ـ ٥٨)، «الروضة» (٤ / ٤٣٧)، «حلية العلماء» (٥ / ١٩٥).
وهٰذا مذهب الحنابلة، ومذهبهم يضمن قيمة البناء أو الغرس، أو قيمة ما نقص بالقلع.
انظر: «المغني» (٧ / ٣٥٠ ـ ٣٥٢)، «الإنصاف» (٦ / ١٠٧ ـ ١٠٩)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٤٧ ـ ٤٨)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٨٩ ـ ٢٩٠)، «كشاف القناع» (٤ / ٦٦ ـ ٦٧).

(٥) أخرجه البخاري (٦٠٢١) عن جابر، ومسلم (١٠٠٥) عن حذيفة رفعاه.

مدة معلومة وصارت العين في يده بعقد مباح؛ فلم يكن له الرجوع فيها بغير اختيار المملك، كالعبد الموصى بخدمته والعمرى.

مسألة ٩٦٥

إذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة المؤقتة أو مدة ينتفع في مثلها؛ فالمالك بالخيار: إن شاء أخذ المستعير بقلع غرسه وبنائه، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعاً إذا كان مما له قيمة بعد القلع، وسواء شرط ذلك في العقد أو لم يشترط[١]، وقال الشافعي: إن لم يشترط فليس له مطالبته به[٢].

فدليلنا أنه رد العارية مشغولة بملكه فوجب أن يؤخذ بإزالته عنه، أصله إذا رد الدار وفيها متاع، ولأن ما هو من موجب الشيء لا يحتاج إلى شرط ومن موجب العارية أن يرد العين فارغة ليتمكن المالك من الانتفاع، ولأن ذلك من معنى تبقية بعض العارية في يده؛ لأن موضع الغراس لا يمكن المالك أن ينتفع به ولا أن يغرس فيه شيئاً ولا أن يزرع ولا أن يبني؛ فصار كمن استعار متاعاً ثم رد بعضه وبقي البعض في يده فيلزمه رده.

مسألة ٩٦٦

إذا استعار دابة من رجل ثم ردها إلى اصطبله ولم يدفعها إليه أو إلى من يجري مجراه من وكيل مفوض إليه لم يسقط عنه الضمان[٣]، وقال محمد بن الحسن: يسقط عنه الضمان استحساناً[٤].

فدليلنا أن الضمان يسقط بالرد إلى يد صاحب العارية أو من يده كيده وردها إلى اصطبله لا يجري مجرى ردها إلى يده؛ فكان كما لو أسلمها إلى أجنبي.

---

(١) «الذخيرة» (٦ / ٢١٢).

(٢) «مختصر المزني» (١١٦)، «المهذب» (١ / ٣٧١)، «حلية العلماء» (٥ / ١٩٦ ـ ١٩٧).

(٣) «منتخب الأحكام» (٣١٢)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٧١).

وهذا مذهب الشافعية. انظر: «حلية العلماء» (٥ / ١٩٣).

(٤) «القدوري» (٦٣)، «المبسوط» (١١ / ١٣٩)، «البدائع» (٨ / ٣٩٠٧)، «رؤوس المسائل» (٣٤٤).

الجزء الرابع عشر

من

كتاب الإشراف

بسم الله الرحمٰن الرحيم

استعنت بالله

كتاب الوديعة

مسألة ٩٦٧

إذا قبض وديعة ببيِّنة وادَّعى ردَّها لم يقبل منه إلا ببينة[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢] والشافعي[٣]؛ لأنه لما أشهد عليه وتوثق منه جعله أميناً في الحفظ دون الرد، فإذا

---

(١) «المدونة» (٤ / ٣٥١، ٣٥٥ ـ ٣٥٦)، «التفريع» (٢ / ٢٦٩ ـ ٢٧٠)، «الرسالة» (٢٣١)، «البيان والتحصيل» (١٥ / ٣١١)، «الكافي» (٤٠٣)، «شرح الزرقاني» (٦ / ١١٩، ١٢٣ ـ ١٢٤)، «الذخيرة» (٩ / ١٤٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣١٠)، «التاج والإكليل» (٥ / ٢٥٨، ٢٦٤)، «درة الغواص» (ص ٢٨١)، «معين الحكام» (٢ / ٧٦٧ ـ ٧٦٨)، «منتخب الأحكام» (٣١٥ ـ ٣١٦)، «القوانين الفقهية» (٣٧٩)، «المقدمات الممهدات» (٢ / ٤٥٩)، «شرح ميارة على التحفة» (٢ / ١٩٠)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٦٤)، «كفاية الطالب الرباني» (٢ / ٢٥٣)، «معين الحكام» (٢ / ٧٦٤، ٧٦٥).

(٢) «المبسوط» (١١ / ١١٣)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢١١)، «العقود الدرية» (٢ / ٧٩)، «الأشباه والنظائر» (٣٢٨) (وخرجها على قاعدة: (كل أمين ادَّعى إيصال الأمانة إلى مستحقّها قُبِل قولُه)).

(٣) «الأم» (٣ / ٢٤٥)، «مختصر المزني» (١٤٧)، «الإشراف» (١ / ٢٥٤) لابن المنذر، «الإقناع» (١١٣)، «المهذب» (١ / ٣٦٩)، «تحفة المحتاج» (٧ / ١٢٦)، «كفاية الأخيار» (٢ / ١٠)، «تحفة المحتاج» (٧ / ١٢٦)، «أسنى المطالب» (٣ / ٨٥)، «روضة الطالبين» (٦ / ٣٤٦)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٥٨٧)، «الأشباه والنظائر» (١ / ٣٦١) لابن السبكي (وخرجها على قاعدة: كل أمين فالقول قوله في الرد على من ائتمنه).

ادعى ردها؛ فقد ادعى براءته بما ليس بمؤتمن فيه، فلم يقبل منه إلا ببينة، ولأن هٰذا فائدة الاشهاد عليه، فإذا أزلناه لم يبق له فائدة، فإن قيل: فائدته أن لا يمكنه جحد الوديعة؛ قلنا: دعوى ردها بمنزلة جحدها؛ فهو يتوصل إلى مراده[(١)].

مسألة ٩٦٨

إذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لينفقها ثم ردها؛ فقد سقط الضمان عند مالك فيما له مثل[(٢)]، وقال أبو حنيفة: إن ردها بعينها لم يضمن، فإن رد مثلها ضمن[(٣)]، وقال عبدالملك[(٤)] والشافعي[(٥)]: يضمن في الموضعين.

= وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٩ / ٢٧٣)، «المبدع» (٥ / ٢٤٢)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٥٥)، «كشاف القناع» (٤ / ١٩٨)، «تقرير القواعد» (١ / ٣١٥ ـ ٣٢٦ ـ بتحقيقي) ـ وفيه أن أبا طالب وابن منصور نقلا عن أحمد مثل مذهب المالكية ـ.

(١) الإشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب، فيكون تركه تفريطاً؛ فيجب به الضمان، خرجه ابن عقيل فيما أفاده ابن رجب.

(٢) «المدونة» (٤ / ٣٥٢، ٣٥٦)، «المعونة» (٢ / ١٢٠٦)، «التفريع» (٢ / ٢٧١)، «الرسالة» (٢٣١)، «الكافي» (٤٠٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣١١)، «منتخب الأحكام» (٣١٤).

(٣) «القدوري» (٦٢ ـ ٦٣)، «المبسوط» (١١ / ١١١ ـ ١١٤)، «الهداية» (٧ / ٧٤٣)، «رؤوس المسائل» (٣٥٧)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٧٧)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٤٢)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢١٣)، «الفتاوى الهندية» (٤ / ٣٤٨)، «النتف» (٢ / ٥٨١)، «شرح المجلة» (٣ / ٢٥٨) للأتاسي، «إيثار الإنصاف» (٢٦٣).

(٤) «المدونة» (٤ / ٣٥٦)، «المعونة» (٢ / ١٢٠٦)، «التفريع» (٢ / ٢٧١)، «الرسالة» (٢٣١)، «الكافي» (٤٠٤).

(٥) «الإشراف» (١ / ٢٥٥) لابن المنذر، «المهذب» (١ / ٣٦٨ ـ ٣٦٩)، «الروضة» (٦ / ٣٣٤ ـ ٣٣٦)، «تحفة المحتاج» (٧ / ١٢٣)، «أسنى المطالب» (٣ / ٨٠)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٥٨١).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٥٤)، «كشاف القناع» (٤ / ١٩٥)، «عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية» (ص ١٢٣ ـ ١٢٦).

فدليلنا أن الضمان يتعلق به بالإنفاق والأخذ، فإذا زال ذٰلك وجب أن يزول الضمان لزوال سببه الموجب له، ولا يدخل عليه الإقرار بعد الجحود؛ لأن فسقه قد ثبت فليس بموضع للحفظ، وليس كذٰلك أخذها ليردها لأنه ليس بتعد منه فيها؛ لأن فيه تأويلاً وقد كانت الصحابة تتسلف أموال الأيتام وتسلفه[١]، وكذٰلك ليس يدخل عليه الغصب لما ذكرناه.

مسألة ٩٦٩

ليس للمودع أن يسافر بالوديعة، فإن فعل ضمن[٢]، وقال أبو حنيفة: له ذٰلك إذا كان الطريق آمناً[٣]، ولم ينهه صاحبها عن السفر بها[٤].

---

(١) ورد في ذٰلك آثار كثيرة، منها:
عن ابن عمر: «أنه كان يكون عنده اليتامى، فيستسلف أموالهم ليحرزها من الهلاك، ثم يخرج صدقتها من أموالهم، وهي دينٌ عليه».
أخرجه أبو عبيد في «الأموال» (رقم ١٣٠٩) وفيه عبدالله بن صالح كاتب الليث، صدوق كثير الغلط، ثبت في كتابه، وكانت فيه غفلة. قاله ابن حجر في «التقريب» (٣٣٨٨).
وأخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٣ / ٤٢ ـ ط دار الفكر): ثنا ابن عيينة، عن عمرو بن عبدالرحمٰن بن السائب؛ قال: «كان عند ابن عمر مال يتيم، فاستسلف ماله حتى لا يؤدي زكاته».
وأخرجه عبدالرزاق (٤ / ٧١)، والبيهقي (٦ / ٨٥) عنه، وإسناده صحيح.

(٢) «المدونة» (٤ / ٣٥٢)، «التفريع» (٢ / ٢٧٠)، «الكافي» (٤٠٣)، «المعونة» (٢ / ١٢٠٥)، «التاج والإكليل» (٥ / ٢٥٤)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ١١٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣١١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٤)، «كفاية الطالب الرباني» (٢ / ٢٥٤).
ونحوه مذهب الشافعية.
انظر: «المهذب» (١ / ٣٦٨)، «روضة الطالبين» (٦ / ٣٢٨)، «تحفة المحتاج» (٧ / ١٠٧)، «كفاية الأخيار» (٢ / ٨)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣ / ١٨٢).

(٣) في المطبوع: «مأموناً».

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٦٤)، «اللباب» (٢ / ١٩٨)، «المبسوط» (١١ / ١٢٢)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٠٩)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٣٩)، «روضة القضاة» (٢ / ٦١٧) للسمناني، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٣٩)، «قرة عيون الأخيار» (٢ / ٢٥٣ ـ ٢٥٤)، «النتف في الفتاوى» (٢ / ٥٧٩)، «إيثار الإنصاف» (٢٦٣).

فدليلنا أن السفر لا يحفظ الوديعة إذا أودعت في البلد فضمنها كما لو تركها بموضع خراب لم تجر العادة بأن يحفظ في مثله، ولأن ربها إنما أذن له في حفظها في البلد ولم يأذن له في إخراجها عنه، كما لو أذن له في حفظها تحت يده ولم يأذن له في إيداعها لغيره، فلما كان متى أودعها لغيره ضمن بتعديه بخروجه [في][(١)] حفظها على الوجه المأذون له فيه؛ فكذلك إذا سافر بها[(٢)].

(فصل): ليس للمودع إيداع الوديعة عند غيره من غير عذر، فإن فعل ضمن[(٣)]، وقال أبو حنيفة: إن أودعها عند من يلزمه نفقته لم يضمن[(٤)]، فدليلنا أنه أودعها من غير حاجة عند من لم يأتمنه المودع كما لو أودعها عند أجنبي.

مسألة ٩٧٠

إذا أراد السفر؛ فله إيداعها عند ثقة مرضي من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر

= ونحوه مذهب الحنابلة.
انظر: «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٥٣ ـ ٤٥٤)، «كشاف القناع» (٤ / ١٩٣)، «الفنون» لابن عقيل (١ / ١٢)، «المغني» (٩ / ٢٦١).

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل.

(٢) ورد حديث يدلل على الضمان، ولم يثبت مرفوعاً ولا موقوفاً.
انظر غير مأمور: «التلخيص الحبير» (٧ / ١٠٨)، «إرواء الغليل» (٥ / ٣٨٣).

(٣) «المدونة» (٤ / ٣٥١، ٣٥٥)، «التفريع» (٢ / ٢٧٠)، «الكافي» (٤٠٣)، «المعونة» (٢ / ١٢٠٥)، «الفروق الفقهية» لمسلم الدمشقي (١٢٨)، «القوانين الفقهية» (٣٧٩)، «التاج والإكليل» (٥ / ٢٥٧)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ١١٧)، «كفاية الطالب الرباني» (٢ / ٢٥٤)، «معين الحكام» (٢ / ٧٧٠)، «منتخب الأحكام» (٣١٣)، «المفيد للحكام» (٢ / ٥٠٦).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٦٤)، «اللباب» (٢ / ١٩٩)، «المبسوط» (١١ / ١١٣)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٠٨)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٧٤)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٣٩)، «تأسيس النظر» (ص ٩٤)، «الفتاوى الهندية» (٤ / ٣٣٩)، «الدر المختار» (٤ / ٤٩٥).
وقال ابن أبي ليلى: له إيداعها عند الأجنبي لغير عذر، ولا ضمان عليه فيه.
انظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص ٥١ ـ أو ٤ / ٦٣ ـ بهامش «الأم» ـ ط بولاق)، «الإشراف» (١ / ٢٥٢) لابن المنذر.

على الحاكم أو لم يقدر عليه[١]، واختلف أصحاب الشافعي؛ فمنهم من يقول: إن أودعها عند غير[٢] الحاكم ضمن[٣]، فدليلنا أنه أودعها من الحاجة لثقة مرضي فأشبه إيداعها عند الحاكم، ولأنه أحد سببيّ حفظها؛ فكان موكلاً إلى اجتهاده، كالحرز.

مسألة ٩٧١

إذا أودع عنده بهيمة ولم يأمره أن يعلفها لزم المودع أن يعلفها أو يرفعها إلى الحاكم، فيتداين على صاحبها في علف[٤] أو يبيعها عليه إن كان قد غاب، فإن تركها ولم يعلفها فتلفت ضمن[٥]، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه

(١) «المدونة» (٤ / ٣٥٥)، «المعونة» (٢ / ١٢٠٥)، «التفريع» (٢ / ٢٧٠)، «الكافي» (٤٠٣)، «منتخب الأحكام» (ص ٣١٣)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٤)، «التاج والإكليل» (٥ / ٢٥٧)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ١١٧)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣١٢)، «معين الحكام» (٢ / ٧٦٩).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٠٨)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٧٥)، «رد المحتار» (٤ / ٤٩٥)، «العقود الدرية» (٢ / ٧١).

(٢) في الأصل: «أودعها لغير».

(٣) «روضة الطالبين» (٦ / ٣٦٨)، «كفاية الأخيار» (٢ / ١٠)، «أسنى المطالب» (٣ / ٧٦)، «تحفة المحتاج» (٧ / ١٠٦)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣ / ١٨٢).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٩ / ٢٦٠)، «المبدع» (٥ / ٢٣٨)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٥٣)، «كشاف القناع» (٤ / ١٩٤).

(٤) في المطبوع: «علفها».

(٥) «المدونة» (٤ / ٣٥٨)، «منتخب الأحكام» (٣١٦ ـ ٣١٧)، «الكافي» (٤٠٤)، «معين الحكام» (٢ / ٧٦٤).
وهٰذا مذهب الشافعية والحنابلة.
انظر: «الأم» (٤ / ٦٠)، «الإشراف» (١ / ١٦٢) لابن المنذر، «المهذب» (١ / ٣٦٨)، «أسنى المطالب» (٣ / ٧٨)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣ / ١٨٣)، «تحفة المحتاج» (٧ / ١١٣)، «المبدع» (٥ / ٢٣٦)، «المغني» (٩ / ٢٧٤)، «كشاف القناع» (٤ / ١٨٩)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٥١)، «مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد» (م ١٣٥٣).

علفها[١].

فدليلنا أن المودع مأمورٌ بحفظ الوديعة، وذٰلك يتضمن حراستها فيما يعلفها، فكان ذٰلك عليه، كما أنه لو رآها في بئر للزمه ردُّها عن ذٰلك الموضع وفي ترك علفها تلفُها؛ فكان ممنوعاً منه[٢].

مسألة ٩٧٢

إذا أمره صاحب الوديعة بدفعها إلى رجل فدفعها إليه بغير بينة ضمن إن جحد المدفوع إليه ولم يقبل قوله في الدفع[٣]، خلافاً لما يحكى عن أبي

---

(١) «المبسوط» (١١ / ١٢٦)، «رد المحتار» (٤ / ٥٠١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٩١)، «النتف في الفتاوى» (٢ / ٥٨١)، «درر الحكام» (٢ / ٢٥١، ٢٧٩)، «قرة عيون الأخيار» (٢ / ٢٦١)، «شرح المجلة» للأتاسي (٣/ ٢٥٧)، «مرشد الحيران» (رقم ٨٢٩).
وقيَّد الحنفية الإنفاق عليها من مال المودع برأي الحاكم إلى ثلاثة أيام، رجاءَ أن يحضر المالك، فإن لم يحضر خلالها أمره ببيعها، على أن لا يتجاوز ما صرفه قيمة العين التي صرف عليها، إن كانت حيواناً.
وانظر: «الإشراف» (١ / ٢٦٢)، «الإقناع» (٢ / ٤٠٥)؛ كلاهما لابن المنذر، «المغني» (٩ / ٢٧٤).

(٢) استظهر شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم في حالة احتياج وديعة الحيوان إلى النفقة، وعدم إنفاق صاحبها عليها أن يكون للوديع الحقُّ في الاعتياض عن نفقتها بمنافع حلبها وركوبها، قياساً على اعتياض المرتهن عن النفقة على المرهون بالحلب والركوب، المنصوص عليه في قوله: «الرهن محلوب مركوب، وعلى الذي يركب ويحلب النفقة»، قال ابن القيم: «وطرف هٰذا القياس أنَّ المودع والشريك والوكيل إذا أنفق على الحيوان واعتاض عن النفقة بالركوب والحلب جاز ذٰلك؛ كالمرتهن».
انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٠ / ٥٦٠ ـ ٥٦١)، «إعلام الموقعين» (٢ / ٢٣، ٣ / ٦ ـ ٧)، «عقد الوديعة» (ص ٥٨ ـ ٦٠، ١٤٣ ـ ١٤٤).

(٣) «المدونة» (٤ / ٣٥٢)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٦٠)، «منح الجليل» (٧ / ٣٨)، «حاشية الرهوني» (٦ / ١٨٥)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٥)، «معين الحكام» (٢ / ٧٦٨ ـ ٧٦٩، ٧٧٠)، «منتخب الأحكام» (٣١٤)، «التاج والإكليل» (٥ / ٢٥٩)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ١٢١).

حنيفة[١] والشافعي[٢] أنه يقبل قول المودَع [بالفتح][٣]؛ لأن المالك لم يأمره بإتلافها عليه وفي دفعها إلى من أمر بدفعها إليه بغير بينة إتلافها على المالك؛ لأنه قد يجحد، فلا يمكن للمالك أن يقيم عليه بينة، فلا يقبل قول الدافع؛ لأنه ليس بأمين للمدفوع إليه، والأمين إنما يقبل قوله فيما بينه وبين من ائتمنه، فكان مفرطاً بذٰلك؛ فلزمه الضمان بتعديه، ولأنه أمين دفع ما ائتمن عليه إلى من ائتمنه بغير بينة، فضمن مع الجحود كالوصي إذا دفع مال الأيتام إليهم بغير بينة فجحدوا أنه يضمن؛ لأنه ليس بأمين لهم، وإنما هو أمين لأبيهم أو الحاكم.

مسألة ٩٧٣

إذا أودعه وشرط الضَّمان لم يضمن[٤]، خلافاً

---

(١) «الاختيار» (٣ / ٢٨) ـ وفيه: فإن قال المودَع: أمرتني أن أدفعها إلى فلان، وكذبه المالك ضمن إلا أن يقيم البينة على ذٰلك أو ينكل المالك عن اليمين» ـ، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٩١) ـ وفيه: «وقال ابن أبي ليلى: القول قول المستودع ولا ضمان عليه، وعليه اليمين. وقال الأوزاعي: إذا أمره أن يدفعها إلى آخر، وزعم أنه دفعها والآخر يجحد؛ فإن جاء ببينة أنه دفعها وإلا ضمن» ـ، «البحر الرائق» (٧ / ٢٧٥)، «إيثار الإنصاف» (ص ٢٦٣)، «طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف» (ص ٢٧١)، «درر الحكام» (٢ / ٢٦٨ ـ ٢٦٩)، «الفتاوى الهندية» (٤ / ٣٣٨)، «الأشباه والنظائر» (ص ٣٢٧)، «العقود الدرية» (٢ / ٧٩).

(٢) «مختصر المزني» (١٤٧)، «تحفة المحتاج» (٧ / ١٠٤ ـ مع «حاشية الشرواني» عليه)، «أسنى المطالب» (٣ / ٧٦ ـ مع «حاشية الرملي» عليه).

(٣) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل.

(٤) «البيان والتحصيل» (١٥ / ٣٠٨، ٣١١)، «منتخب الأحكام» (٣٠٨، ٣١٧ ـ ٣١٨)، «مفيد الحكام» (٢ / ٥١٠)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٠١)، «الذخيرة» (٩ / ١٣٨) ـ وفيه: «قال صاحب «الإشراف»: ...»، ثم قال: «وقاله الأئمة خلافاً للعنبري، لأنه خلاف مقتضى العقد، فلا يلزم كسائر الشروط» ـ، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ١١٧)، «شرح ميارة على التحفة» (٢ / ١٩٥).

وهٰذا مذهب جماهير أهل العلم، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة.

انظر: «الإشراف» (١ / ٢٦٦) لابن المنذر، «روضة القضاة» (٢ / ٦١٧)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٧٤)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٣٨)، «الدر المختار» (٤ / ٤٩٤)، «المهذب» (١ / ٣٦٦)، «أسنى =

للعنبري[١]؛ لأن جعل ما أصله أمانة لا يصير مضموناً بالشرط؛ كالشركة والوكالات[٢].

مسألة ٩٧٤

إذا سرقت الوديعة لم يكن للمودَع أن يخاصم السارق إلا بتوكيل من المالك، هٰكذا يحكى على أصلنا[٣]. وقال أبو حنيفة: له ذٰلك[٤].

فدليلنا هو أن الخصومة فيها للمالك والمودَع ليس بمالك ولا مفوَّض إليه؛ لأن الإيداعَ استحفاظٌ وائتمان، فلا يتضمَّن الخصومة[٥].

= المطالب» (٣ / ٧٦)، «المغني» (٩ / ٢٥٨)، «كشاف القناع» (٤ / ١٨٧)، «تقرير القواعد» (ق ٤٥ ـ بتحقيقي)، «مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد» (م ١٣٥٩).

(١) هو عبيدالله بن الحسن العنبري، ونقل مذهبه ابن المنذر في «الإشراف» (١ / ٢٦٦) والقرافي في «الذخيرة» (٩ / ١٣٨).

(٢) شرط ضمانها يخرجها عن حقيقتها، ويخالف ما يوجبه الحكم، ولأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه، فلم يلزمه، كما لو شُرِط ضمانُ ما يتلف في يد مالكه.

(٣) نقله عنه القرافي في «الذخيرة» (٩ / ١٨٥) فقال: «قال صاحب «الإشراف»: إذا سرقت ليس للمودع مخاصمة السارق إلا بتوكيل منك، وقال (ح): له ذٰلك» اهـ.

قال القرافي: «لنا أن الخصومة في الأملاك للمالك، وليس مالكاً فلا خصومة له».

وهٰذا وجه للحنابلة، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

انظر: «المبدع» (٥ / ٢٤٧).

(٤) «المبسوط» (١١ / ١٢٤)، «الفتاوى الهندية» (٤ / ٣٥٩)، «روضة القضاة» (٢ / ٦٢٧)، «العقود الدرية» (٢ / ٧٦).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المبدع» (٥ / ٢٤٧)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٥٨)، «كشاف القناع» (٤ / ٢٠٥)، «مجلة الأحكام العدلية على مذهب أحمد» (م ١٣٥٤).

(٥) للمودَع يد معتبرة في الوديعة، وقد أزالها السارق؛ فكان له أن يخاصم عن نفسه لإعادة اليد التي أزالها السارق، ولأنه مأمور بالحفظ من جهة المودِع، ولا يتأتّى له الحفظ إلا باسترداد عينه من السارق، أو استرداد قيمته بعد هلاك العين؛ ليحفظ ماليته عليه، فكان كالمأمور به دلالة، وفي إثبات حقّ الخصومة له تحقيق معنى الحفظ؛ لأن السارق إذا علم أن المودَع لا يخاصمه في حال غيبة المودِع تجاسر على أخذه، فلهٰذا كان المودَع فيه خصماً. أفاده السرخسي.

كتاب الغصب[١]

مسألة ٩٧٥

العروض والحيوان وكل ما لا يكال ولا يوزن يضمن بقيمته[٢]، خلافاً لما يحكى عن عُبيدالله[٣] بن الحسن العنبري أنه يضمن بمثله من جنسه[٤]؛ لقوله ﷺ:

---

(١) هو أخذ المال قهراً تعدياً بلا حرابة.
انظر: «شرح حدود ابن عرفة» (٢ / ٤٦٦)، «الخرشي» (٦ / ١٢٩)، «كفاية الطالب الرباني» (٣ / ٥٧٠).

(٢) «التلقين» (٢ / ٤٣٧)، وعنه القرافي في «الذخيرة» (٨ / ٢٨٨)، «المعونة» (٢ / ١٢١٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢١٧)، «قوانين الأحكام الشرعية» (٣٥٨ ـ ٣٥٩)، «جامع الأمهات» (٤١٠)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٤٤٥)، «الخرشي» (٦ / ١٢٩)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣٠٣)، «كفاية الطالب الرباني» (٣ / ٥٧٤)، «الفروق» (٤ / ١٨٧ ـ ١٨٨) للقافي.

(٣) في الأصل: «عبدالله».

(٤) «المغني» (٥ / ٢٣٩)، «حلية العلماء» (٥ / ٢١١)، «إعلاء السنن» (١٦ / ٣٢٥).
وهذا مذهب الظاهرية.
انظر: «المحلى» (٨ / ٥٦٥)، «معالم السنن» (٣ / ٨٢٨).
وقيل: إنه اختيار البخاري؛ إذ ترجم في «صحيحه» ضمن (كتاب المظالم، باب إذا هدم حائطاً فليبن مثله).
انظر: «فتح الباري» (٥ / ١٢٦ ـ ١٢٧)، «الأبواب والتراجم لصحيح البخاري» (٤ / ٢٧).
وأسنده ابن جزي وابن رشد في «بداية المجتهد» (٢ / ٢١٧) إلى أبي حنيفة والشافعية، ولكنا لم نجده في كتبهم المعتمدة.
انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ١٥٠)، «الاختيار» (٣ / ٥٩٢)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٢٤)، «جامع الفصولين» (٢ / ١٣٦ ـ ١٣٨)، «فتح القدير» (٧ / ٣٦٨)، «البحر الرائق» (٨ / ١٣٩)، «شرح =

«من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه نصيب شريكه»[١]؛ فألزمه القيمة دون المثل، ولأن الغرض من هٰذه الأشياء أعيانها، والعين لا تقوم مقام عين أخرى، وليس كذٰلك ما يكال ويوزن؛ لأن الغرض مثله دون أعيانه[٢].

= «العناية» (٧ / ٣٧٠)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ١١٦)، «إعلاء السنن» (١٦/ ٣٢٤ وما بعد، ٣٣٩ - ٣٤١)، «درر الحكام» (٢ / ٢٦٣)، «الإشراف» (٢ / ٥١٧) لابن المنذر، «فتح العزيز» (١١ / ٢٦٦)، «قواعد الأحكام» (١ / ١٦٩)، «نهاية المحتاج» (٥ / ١٦٢)، «الغاية القصوى» (١ / ٥٧٣).

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الشركة، باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل، رقم ٢٤٩٢)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب العتق، باب ذكر سعاية العبد، رقم ١٥٠٣).
قال ابن حجر في «الفتح» (٥ / ١٥٥): «واستدل به على أن من أتلف شيئاً من الحيوان فعليه قيمته لا مثله، ويلتحق بذٰلك ما لا يكال ولا يوزن عند الجمهور».

(٢) العروض والحيوان لا تتساوى أجزاؤها، بل تتباين صفاتها، وتختلف قيمتها؛ فالحكم فيها بالمثل قد يؤدّي إلى الظلم، إذ قد يكون حيوان ما يساوي مبلغاً كبيراً بسرعته في الركض مثلاً فيما لو كان خيلاً أو لكثرة حليبه، أو نحو ذٰلك في حين لا يساوي حيوان آخر مثله في الشكل والهيئة شيئاً يذكر، ولذٰلك؛ فالقيمة فيها أعدل وأقرب إلى العدل. أفاده ابن قدامة في «المغني» (٥ / ٢٣٩).
واستدل القائلون بضمان المثل من جنسه بالحديث الذي رواه البخاري وغيره عن أنس؛ قال: «كان النبي ﷺ عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام، فضربت التي النبي ﷺ في بيتها يد الخادم، فسقطت الصحفة، فانفلقت، فجمع النبي ﷺ فلق الصحفة، ثم حبس الخادم، حتى أُتِي بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفع الصحفة الصحيحة إلى التي كُسِرت صحفتها، وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت فيه».
وأخرجه أبو داود والنسائي وأحمد عن جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها؛ قالت: «ما رأيت صانعاً طعاماً مثل صفية، صنعت لرسول الله ﷺ طعاماً، فبعث به، فأخذتني أفكل - أي غيرة - فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله! ما كفارة ما صنعت؟ قال: إناء مثل إناء، وطعام مثل طعام».
واستدلوا كذٰلك بآية جزاء الصيد التي أوجبت المثل، ويمكن الاستدلال كذٰلك بقصة جريج، وفصل ذٰلك ابن القيم في «إعلام الموقعين» وخرجتُ النصوص في تعليقي عليه، يسر الله نشره بخيرٍ وعافية.
والذي يظهر رجحانه هو أن القاعدة العامة هي أن غير المثلي يكون ضمانه بالقيمة، لما ذكره جماهير =

مسألة ٩٧٦

إذا جنى على سلعة لرجل جناية أتلف عليه الغرض المقصود منها، فصاحبها مخير: إن شاء أخذها بما نقص وإن شاء أخذ قيمة السلعة سواء كانت حيواناً أو ثوباً أو غير ذٰلك، وسواء كان ذهاب غرضه من جهة المشاهدة مثل أن يبتاع فرساً أو حماراً للركوب فيقطع يده أو من جهة العادة، مثل أن يقطع ذنبه؛ فلا يمكن من جهة العادة الانتفاع به في الوجه المقصود[1]، وقال أبو حنيفة: في العبد والثوب إذا ذهب بأكثر منافعه مثل قولنا، وإن ذهب النصف أو أقل لم يكن له إلا ما نقص[2]. وقال

= الفقهاء، وأن هٰذا الحديث الشريف كما يقول ابن قدامة محمول على التراضي، حيث علم الرسول ﷺ برضاء الطرفين بذٰلك، أو كما قال الخطابي في «معالم السنن» (٣/ ٧٢٨ ـ مع «مختصر سنن أبي داود»): «يشبه أن يكون هٰذا من باب المعونة والإصلاح دون بت الحكم بوجوب المثل، فإن القصعة والطعام المصنوع ليس لهما مثل معلوم، ثم إن هٰذا طعام إناء حملا من بيت صفية، وما كان في بيوت أزواجه من طعام ونحوه، فإن ذٰلك الظاهر منه، والغالب عليه أنه ملك رسول الله ﷺ، وللمرء أن يحكم في ملكه وفيما تحت يده بما يراه أرفق إلى الصلاح وأقرب، وليس ذٰلك من باب ما يحمل عليه الناس من حكم الحكام في أبواب الحقوق والأموال»، ثم قال: «ولا أعلم أحداً من الفقهاء ذهب إلى أنه يجب في غير المكيل والموزون مثل إلا أن داود يحكى عنه أنه أوجب في الحيوان المثل»، ثم رَدَّ على استدلاله بآية جزاء الصيد، فقال: «والذي ذهب إليه خلاف مذاهب عامة العلماء، والحكم في جزاء الصيد حكم خاص في التقييد، وحقوق الله تعالى تجري فيها المساهلة، ولا تحمل على الاستقصاء، وكمال الاستيفاء كحقوق الآدميين...» بالإضافة إلى أن تفسير المثل في آية الصيد مختلف فيه.

انظر: «قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي» (ص ٧٣ ـ ٧٩).

(١) «المدونة» (٤/ ١٨٢)، «التفريع» (٢/ ٢٧٤ ـ ٢٧٥)، «الرسالة» (٢٣٢ ـ ٢٣٣)، «الكافي» (٤٢٨ ـ ٤٣٠)، «المعونة» (٢/ ١٢١٣)، «البهجة شرح التحفة» (٢/ ٣٥١ ـ ٣٥٤)، «قوانين الأحكام الشرعية» (ص ٣٥٩)، «مواهب الجليل» (٥/ ٢٧٩، ٢٨٦، ٢٩٣، ٣٠٩)، «الخرشي» (٦/ ١٤٩)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٤٤، ٤٥١، ٤٥٢).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١١٧ ـ ١٢٠)، «فتح القدير» (٧/ ٣٧٥ ـ ٣٧٨)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٢٩ ـ ١٣٢)، «بدائع الصنائع» (٧/ ١٥٨، ١٦٠)، «الاختيار» (٣/ ٥٩، ٦٢)، «جامع الفصولين» (٢/ ١٣٤)، «درر الحكام» (٢/ ٢٦٦)، «مجمع الضمانات» (١٣٣، ١٣٥)، «إعلاء السنن» (١٦/ ٣٣٤ ـ ٣٣٥)، «حاشية ابن عابدين» (٦/ ١٩١ ـ ١٩٢، ٢٠١).

الشافعي: ليس له في كل ذلك إلا ما نقص[(١)].

وتفرضها سفهاؤهم ومجّانهم في ذنب حمار القاضي وذنب حمار الشرطي قصداً للهزل والتهاتر بالدين.

فدليلنا أنه بهذه الجناية قد أتلف على المالك المنفعة المقصودة من سلعة فلزمه قيمتها اعتباراً بإتلاف عينها؛ لأن بقاء العين مع إتلاف الغرض المقصود منها منع من الانتفاع بها فيما يقصد منها، فكان كإتلاف عينها، ودليلنا على أبي حنيفة اعتباراً بذهاب أكثر منافعها[(٢)].

مسألة ٩٧٧

ولا تضمن الجنايات على البهائم بشيء يقدر في قيمتها[(٣)]، وقال أبو حنيفة: في الحيوان المنتفع بظهره ولحمه كالبعير والبقرة والدابة إذا قلع عينها لزمه ربع قيمتها[(٤)].

فدليلنا أنها جناية على بهيمة؛ فلم يضمن بذلك؛ كقطع يدها، ولأنه حيوان لم

---

(١) «الأم» (٣ / ٢٤٥ ـ ٢٤٦)، «مختصر المزني» (١١٧)، «تكملة المجموع» (١٤ / ٩٨ ـ ٩٩)، «قواعد الأحكام» (١ / ١٧٠)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٢٤) ـ ونقل عبارة المصنف وقال قبلها: «وحكى أصحاب مالك. . .» ـ، «روضة الطالبين» (٥ / ٣١، ٤٢)، «شرح روض الطالب» (٢ / ٣٤٧)، «نهاية المحتاج» (٥ / ١٧٧)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٣٣٠ ـ ٣٣١)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٢٥، ٤٢٨ / رقم ١٣٨، ١٣٩).

وهذا مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٥ / ١٨٤)، «الإنصاف» (٦ / ١٩٨)، «مطالب أولي النهى» (٤ / ٥٨)، «كشاف القناع» (٤ / ١١٠).

(٢) انظر بسط المسألة مع أدلتها في: «مصنف عبدالرزاق» (١٠ / ٧٦ ـ ٧٧)، «نصب الراية» (٤ / ٣٨٨)، «التعويض عن الضرر» (٢٢٣ ـ ٢٢٧).

(٣) «المعونة» (٢ / ١٢١٦ ـ ١٢١٧)، «التلقين» (٢ / ٤٣٧)، «مواهب الجليل» (٦ / ٢٥٩)، «الخرشي» (٦ / ١٤١، ٨ / ٣٤).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١١٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٧٥ / رقم ١٨٦٢)، «الهداية» (٤ / ٥٤٨)، «بدائع الصنائع» (٥ / ١٤٢، ١٤٣)، «الاختيار» (٣ / ٦٣) ـ وفيه: «فعليه ربع القيمة استحساناً، وقيمة النقصان قياساً» ـ، «ملتقى الأبحر» (٢ / ٣٠٨).

يضمن أطرافه بمقدر؛ كالشاة[١].

مسألة ٩٧٨

إذا قصد التمثيل بعبده عتق عليه[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣] والشافعي[٤]؛ لقوله ﷺ: «مَنْ مثَّل بعبده عتق عليه»[٥].

---

(١) وردت أحاديث استدل بها الحنفية لم تصح.
انظر: «المصنف» (١٠ / ٧٦)، «نصب الراية» (٤ / ٣٨٨)، «المحلى» (٨ / ١٥٠).
والصحيح «فيما يتلف من أجزائها ما ينقص من القيمة، ولا فرق في ذٰلك بين نوع ونوع». قاله الرافعي في «فتح العزيز» (١١ / ٢٥٨).

(٢) «الموطأ» (٢ / ٧٧٦)، «المدونة» (٢ / ٣٩٧)، «المعونة» (٣ / ١٤٤٥)، «التفريع» (٢ / ٢٤)، «البيان والتحصيل» (١٥ / ٦٦، ٦٩)، «جامع الأمهات» (٥٢٩)، «الرسالة» (٢٢٥)، «الذخيرة» (١١ / ١٥٥)، «الكافي» (٥١١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٦٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٥١)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٣٥)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٣٠٠).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «الإنصاف» (٧ / ٤٠٦)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٨١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٤٩)، «كشاف القناع» (٤ / ٥١٠، ٥١٤)، «تقرير القواعد» (١ / ١٨٩ ـ بتحقيقي).

(٣) «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٤١٧)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٤٦)، «بذل المجهود في حل أبي داود» (٢٠ / ١٠٤ ـ ١٠٥).

(٤) «المهذب» (١ / ٣٧٦)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٢٢)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (٤ / ٢٠٦) ـ وسيأتي كلامه في تخريج الحديث ـ.

(٥) أخرج البخاري في «التاريخ الكبير» (٣ / ٢ / ١٨٢)، والعقيلي في «الضعفاء الكبير» (٣ / ١٨٢)، والطبراني في «الأوسط» (٩ / ٢٩٨ ـ ٢٩٩، ٨٦٥٢)، وأبو بكر الإسماعيلي في «مسند عمر» ـ كما في «مسند الفاروق» (١ / ٣٧١ ـ ٣٧٢) لابن كثير ـ، وابن عدي في «الكامل» (ق ٥٩٦)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٢١٥، ٢١٦)، والبيهقي في «الكبرى» (٦ / ٣٦)ـ من طريق عمر بن عيسى المدني الأسدي، عن ابن جريج، عن عطاء، عن ابن عباس؛ قال: «جاءت جارية إلى عمر، وقالت: إن سيدي اتهمني فأقعدني على النار حتى أحرق فرجي. فقال: هل رأى ذٰلك عليك؟ قالت: لا. قال: أفاعترفت له بشيء؟ قالت: لا. قال: عليَّ به. فلما رأى الرجل قال: أتعذب بعذاب الله؟ قال: يا أمير المؤمنين! اتهمتها في نفسها. قال: رأيت ذٰلك عليها؟ قال: لا. قال: فاعترفت؟ قال: لا. قال: والذي نفسي بيده؛ لو لم أسمع رسول الله ﷺ يقول: «لا يقاد مملوك من =

= مالكه، ولا ولد من والده»؛ لأخذتها منك. فبرزه فضربه مئة سوط، ثم قال: اذهبي فأنت حرة، مولاة لله ورسوله، سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «من حُرِّق بالنار أو مثل به؛ فهو حر، وهو مولى الله ورسوله»».

قال الليث: هٰذا أمرٌ معمول به.

قال ابن كثير في «مسند الفاروق» (١ / ٣٧٢): «هٰكذا رواه الحافظ أبو بكر الإسماعيلي في مسند عمر، وهو إسناد حسن؛ إلا أن البخاري قال في عمر بن عيسى هٰذا: هو منكر الحديث، فالله أعلم.

والحديث فيه دلالة ظاهرة توضح لمذهب مالك وغيره من السلف في أن من مثل بعبده يعتق عليه حتى عداه بعضهم إلى من لاط بمملوكه، أو زنى بأمة غيره أنها تعتق عليه.

وفيه أيضاً أنه لا ولاء له عليه والحالة هٰذه؛ لقوله: «وهو مولى الله ورسوله»، وقد نص الإمام الليث ابن سعد على قبول هٰذا الحديث، وأنه معمول به عندهم».

وقال الحاكم: «صحيح الإسناد»، وتعقبه الذهبي في «التلخيص بقوله: «قلت: بل فيه عمر بن عيسى القرشي، وهو منكر الحديث».

وقال الهيثمي في «المجمع» (٦ / ٢٨٨): «فيه عمر بن عيسى القرشي، ذكره الذهبي في «الميزان» وذكر له هٰذا الحديث، ولم يذكر فيه جرحاً، وبيض له، وبقية رجاله وثقوا».

قلت: الموجود في مطبوع «الميزان» (٣ / ٣١٦) الذين بين أيدينا: «قال البخاري: منكر الحديث، وقال العقيلي: مجهول بالنقل، وقال النسائي: ليس بثقة، منكر الحديث».

وقال ابن حبان في «المجروحين» (٢ / ٨٧) «كان ممن يروي الموضوعات عن الأثبات على قلة روايته، لا يجوز الاحتجاج به فيما وافق الثقات؛ فكيف إذا انفرد عن الأثبات بالطامات؟!».

فالحديث المذكور إسناده ضعيف جداً.

ومدار الحديث على عمر هٰذا، قال الطبراني: «لم يروه عن ابن جرير إلا عمر بن عيسى، تفرد به الليث».

وانظر: «اللسان» (٤ / ٣٢٠ ـ ٣٢٢).

وأخرج مالك في «الموطأ» (٢ / ٧٧٦ / رقم ٧): «أنه بلغه أن عمر بن الخطاب أتته وليدة قد ضربها سيدها بنار أو أصابها بها فأعتقها».

وأخرجه موصولاً من طرق عنه عبدالرزاق في «المصنف» (٩ / ٤٣٨ / رقم ١٧٩٢٩، ١٧٩٣٠، ١٧٩٣١)، وصح نحوه في المرفوع.

أخرج مسلم في «صحيحه» (كتاب الأيمان، باب صحبة المماليك وكفارة من لطم عبده، ٣ / =

مسألة ٩٧٩

زيادة القيمة بزيادة البدن أو بتعليم صناعة غير مضمونة على الغاصب[١]، خلافاً للشافعي[٢]؛ لأن الغاصب ضامن لقيمة الأمة يوم الغصب فما طرأ بعد ذٰلك على بدنها من نقصان أو زيادة فلا حكم له؛ لأنه طارىء على عين مضمونة، ولأن رجوع العين المغصوبة إلى مالكها على صفتها التي غصبت عليه توجب سقوط

= ١٢٧٨ / رقم ١٦٥٧)، وأبو داود في «السنن» (كتاب الأدب، باب حق المملوك، رقم ٥١٦٨)، وأحمد في «المسند» (٢ / ٢٥، ٤٥، ٦١)، وأبو يعلى في «المسند» (١٠ / ١٥٨ ـ ١٥٩ / رقم ٥٧٨٢)؛ عن زاذان أبي عمر؛ قال: أتيتُ ابن عمر وقد أعتق مملوكاً، قال: فأخذ من الأرض عوداً أو شيئاً، فقال: مافيه من الأجر ما يَسْوَى هٰذا؛ إلا أني سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «من لطم مملوكه أو ضربه؛ فكفارته أن يعتقه».

وأخرجه ابن عدي (٢ / ٧٨٦)، والحاكم (٤ / ٢٦٨) عن ابن عمر رفعه: «من مثّل بعبده فهو حر»، وإسناده ضعيف جداً، فيه حمزة النصيبي متروك، متهم بالوضع.

قال النووي في «شرح صحيح مسلم» (٤ / ٢٠٦): «قال العلماء: في هٰذا الحديث الرفق بالمماليك، وحسن صحبتهم وكف الأذى عنهم»، وقال: «وأجمع المسلمون على أن عتقه بهٰذا ليس واجباً، وإنما هو مندوب رجاء كفارة دينه؛ فيه إزالة إثم ظلمه».

قلت: في نقله الإجماع نظر، وفي كلام المصنف ما يشوش على هٰذا الإجماع؛ فتأمل.

(١) «المدونة» (٤ / ١٧٦)، «التفريع» (٢ / ٢٧٦ ـ ٢٧٨)، «الكافي» (٤٢٨)، «المعونة» (٢ / ١٢١٥)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٢)، «معين الحكام» (٢ / ٨٢٣ ـ ٨٢٤) ـ وفيه تفصيل حسن ـ.

وهٰذا خلاف ما نقله الشيخ الخفيف في بحثه «الضمان» (ص ١١٤) عن المالكية.

وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «المبسوط» (١١ / ٥٤)، «مجمع الضمانات» (١١٧)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٢٠٤)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٤٠٤)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٣٢).

ولٰكنهم يشترطون عدم تعدي الغاصب، خلافاً للمالكية.

(٢) «الأم» (٣ / ٢٤٦)، «مختصر المزني» (١١٧)، «الإقناع» (١١٤ ـ ١١٥)، «روضة الطالبين» (٥ / ٢٧)، «المهذب» (١ / ٤٨٤ ـ ٤٨٥)، «حلية العلماء» (٥ / ٢١٢ ـ ٢١٣، ٢٢٥ ـ ٢٢٦)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٧٧)، «حاشية البجيرمي» (٣ / ١٢٠).

وهٰذا مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٥ / ١٩٤)، «منتهى الإرادات» (١ / ٥١١)، «تقرير القواعد» (٣ / ٢٠٦ (ت)، ٣٢٣ ـ بتحقيقي) لابن رجب، «الإنصاف» (٦ / ١٧٠).

وهو مذهب الظاهرية. انظر: «المحلى» (٨ / ١٣٥).

الضمان، أصله لو لم يزد عبده، ولأنها زيادة قيمة؛ فلم يضمن على الغاصب، أصله زيادة الأسواق[(١)].

مسألة ٩٨٠

بين أصحابنا في منافع الشيء المغصوب إذا استوفاه الغاصب بنفسه واغتلاله من الرباع والحيوان خلاف كثير يذكر في مسائل الخلاف بين أصحابنا والنظر في هٰذا الموضع أنه لا يضمن أصلاً[(٢)]، خلافاً للشافعي[(٣)]؛ لقوله ﷺ: «الخراج

---

(١) هٰذه الزوائد بمثابة الأصل، ولا يمكن اعتبارها أمانةً؛ لأنَّ يده في الأصل يد ضمان، وقد استولى على الأصل بفعل محظور، فكذا ما تولد منه، وعدم تضمين الغاصب لتلك الزوائد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمالك، وذٰلك غير جائز شرعاً.
انظر: «ضمان المنافع» (ص ١٣٧ ـ ١٣٨).

(٢) قال المصنف في «المعونة» (٢ / ١٢١٧): «فرق ابن القاسم بين العقار وبين الحيوان، فقال في الربع: إن سكنه بنفسه أو زرع الأرض لزمه أجرة المثل، وإن كان أكراها من غيره لزم غرم ما أكراها به إن كان بقدر أجرة المثل، وإن كان دون ذٰلك لزمه تمام الأجرة، وفي الدواب والرقيق لا رجوع للمالك على الغاصب لا فيما انتفع به بنفسه ولا فيما أكراه واغتله، وقيل: لا فرق بين ذٰلك كله، ويرجع المالك عليه بكراء وغلة ما اغتله ولا يرجع عليه بما ركب بنفسه أو استخدم، وقيل عن مالك: إن المالك لا يرجع بشيء أصلاً لا من أجرة ولا من كراء لا فيما انتفع الغاصب بنفسه ولا فيما أكراه في كل شيء من الرباع والحيوان وغيرها، وأن المنافع بالضمان».
وانظر: «المدونة» (٤ / ١٨٥)، «التفريع» (٢ / ٢٧٦)، «الرسالة» (٢٣٣)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣١٩)، «الكافي» (٤٣٠)، «الذخيرة» (٨ / ٢٩٤ ـ ٢٩٦)، «كفاية الطالب الرباني» (٢ / ٢٢٨)، «بلغة السالك» (٢ / ٢٠٣ ـ ٢٠٤)، «معين الحكام» (٢ / ٨٢٦)، «الخرشي» (٦ / ١٣٧، ١٤١)، «منح الجليل» (٣ / ٥٠٤)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٤٤٢، ٤٤٨)، «الفواكه الدواني» (٢ / ١٩٢).

(٣) «الأم» (٣ / ٢٢٢)، «مختصر المزني» (١١٧)، «المهذب» (١ / ٣٦٧، ٣٧٤)، «الوجيز» (١ / ٢١٤)، «المنهاج» (٧١)، «حلية العلماء» (٥ / ٢١٠)، «روضة الطالبين» (٥ / ١٤)، «قواعد الأحكام» (١ / ١٥٥) للعز، «مغني المحتاج» (٢ / ٢، ٢٨٦)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٣٢١ ـ ٣٢٢).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥ / ١٩٥)، «الإنصاف» (٦ / ١٧٠).

بالضمان»[١]؛ فعم، ولأن الغاصب ضامن لقيمة الشيء المغصوب يوم الغصب يدل عليه أنه يضمنه بالتعدي، وذلك إنما حصل وقت الغصب، فإذا كان كذلك لم يكن لمنافعها حكم في الضمان لأنها تابعة للعين، ولأن الحكم إذا ثبت في الرقبة لم يكن في المنافع حكم وكانت تابعة له اعتباراً بمن تزوج أمة ثم ابتاعها والعقد ينفسخ لثبوت الحكم في الرقبة، ولأن منافع الحيوان لا تضمن بالغصب، أصله منفعة الحر والحرة، ولأن للأمة منفعة الاستخدام ومنفعة البضع والسيد يملك المعاوضة عليهما جميعاً، ثم إحدى المنفعتين وهي منفعة الاستمتاع لا تضمن بالغصب، كذلك المنفعة الأخرى.

مسألة ٩٨١

ولد المغصوبة الحادث بعد الغصب غير مضمون على الغاصب، وفي الحمل خلاف[٢]، وقال الشافعي: كل ذلك مضمون[٣].

فدليلنا أنَّ الغصب لم يتناول الولد الحادث فأشبه ولد المودعة والعارية، ولأنه نماء حادث كالسمن وقد دللنا عليه، ودليلنا على أن الحمل غير مضمون أنه نماء من جسمها حال الغصب؛ فلم يضمن على الغاصب؛ كالسمن.

= وهو مذهب الظاهرية.

انظر: «المحلى» (٨ / ١٣٥).

وانظر مذهب الحنفية في: «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٣٤)، «المبسوط» (١١ / ٧٩)، «مجمع الضمانات» (١٢٩)، «الأشباه والنظائر» (ص ٢٨٤)، «تخريج الفروع على الأصول» (ص ١١٠) للزنجاني، «التلويح على التوضيح» (٢ / ٩٨)، «تأسيس النظر» (٦٢، ٦٣)، «إعلاء السنن» (١٦ / ٣٣٧)، «درر الحكام» (٢ / ٢٦٧ ـ ٢٦٨)، «ضمان المنافع» (ص ٧ وما بعد) للخفيف، «ضمان المنافع» (ص ٢٥٥ وما بعد) للدُّبو، «التعويض عن الضرر» (ص ١٨٠ وما بعد).

(١) مضى تخريجه.

(٢) «المدونة» (٤ / ١٨١)، «التفريع» (٢ / ٢٨٠)، «الكافي» (٤٣٠)، «المعونة» (٢ / ١٢٢٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٢).

(٣) «المهذب» (١ / ٣٧٧)، «الروضة» (٥ / ٧، ٢٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٢٧).

مسألة ٩٨٢

إذا أكره حرة على الزنا؛ فعليه الحد والمهر[1]، وقال أبو حنيفة: لا مهر عليه[2]، فنقول: إنها حرة لم ترض ببذل بضعها بغير عوض، فوطئها من يحد في وطئها ويضمن الجناية عليها؛ فلزمه المهر لها، أصله إذا وطأها بشبهة وفيه احتراز من الزانية ومن غيرها ومن الحربي والذمي.

مسألة ٩٨٣

العقار يضمن بالغصب[3]، خلافاً لأبي حنيفة[4]؛ لأن كل معنى يضمن به ما

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٣٣ ـ ٧٣٥)، «المعونة» (٣ / ١٣٩٤)، «التفريع» (٢ / ٢٢٤)، «الكافي» (٥٧٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥١٥، ٥١٦)، «أحكام القرآن» لابن العربي (٣ / ١٠٦٦)، «تفسير القرطبي» (١٠ / ١٨٦).

(٢) «آثار أبي يوسف» (١٣٤)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٤٩١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٢٩٨ / رقم ١٤١٦) ـ وفيه: «قال أصحابنا: إذا استكره امرأة فزنى بها؛ فعليه الحد، ولا مهر عليه، وهو قول ابن شبرمة، والثوري، وقال مالك والليث والشافعي: عليه الحد والمهر جميعاً.

قال ـ أي الطحاوي ـ: لم يختلفوا في الأمة إذا طاوعت على الزنا، ولا مهر لها، وكذلك الحرة المستكرهة» ـ، «حاشية ابن عابدين» (٢ / ٢٧١، ٣٥٠).

وانظر: «حلية العلماء» (٥ / ٢٤٣ ـ ٢٤٤)، «مغني المحتاج» (٤ / ١٥٠)، «المحلى» (٨ / ٤٧٦)، «الفقه على المذاهب الأربعة» (٥ / ٩٦)، «الطرق الحكمية» (٥٣ ـ ٥٤)، «الإكراه في الشريعة الإسلامية» (ص ١٣٧ وما بعد) لفخري أبو صفيّة، «العلاقات الجنسية غير الشرعية» (٢ / ٣٨٧ ـ ٣٨٨).

(٣) «المدونة» (٤ / ١٨٤)، «التفريع» (٢ / ٢٧٤ ـ ٢٧٦)، «الرسالة» (٢٣٢)، «الكافي» (٤٢٨)، «المعونة» (٢ / ١٢١٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٠٩).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١١٨)، «اللباب» (٢ / ١٨٩)، «فتح القدير» (٧ / ٣٦٨ ـ ٣٦٩)، «المبسوط» (١١ / ٧٦)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ١٢٦ ـ ١٢٧)، «البدائع» (٩ / ٤٤١٠)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٣٤)، «الهداية» (٤ / ١٣)، «الدر المختار» (٦ / ١٨٦ ـ مع حاشية ابن عابدين)، «تأسيس النظر» (ص ٦٢، ٦٣)، «رؤوس المسائل» (٣٥٤ ـ ٣٥٥)، «إعلاء السنن» (١٦ / ٣٣٩ ـ ٣٤١)، «إيثار الإنصاف» (٢٥٩).

وقال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٧٦ / رقم ١٨٦٤): «قال أبو حنيفة وأبو =

ينقل ويحول من الأعيان؛ فإنه يضمن به ما لا ينقل منها ولا يحول؛ كالقبض في البيع، ولأن العقار والنخل والشجر أعيان تضمن بالقبض في عقد؛ فوجب أن تضمن بالغصب كالذي يتأتى بعلة[1]، ولأنه سبب للضمان؛ فوجب أن يضمن به العقار؛ كالإتلاف، ولأن علّة الغصب فيما ينقل ويحول موجودة في العقار، فتعلق به الضمان.

مسألة ٩٨٤

إذا غصب ساجة[2] فبنى عليها لزمه قلع البناء وردها[3]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يلزمه قلعه وعليه قيمتها[4]؛ لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى

= يوسف: لا يضمن بالغصب إلا أن ينهدم من فعله.

وقال محمد: يضمن بالغصب إن انهدم من غير عمله، وهو قول مالك، قال مالك: ولا يضمن الأجرة، وقال الشافعي: يضمن ما انهدم والكراء جميعاً».

وانظر: «حلية العلماء» (٥ / ٢٣٨) ـ وفيه: «العقار عندنا يضمن بالغصب، وهو قول أبي يوسف في الأول» ـ، «الأم» (٣ / ٢٤٩)، «المهذب» (١ / ٣٧٨)، «الوجيز» (١ / ٢٠٦)، «روضة الطالبين» (٤ / ٢٤٩)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٨٩)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤١٧ / رقم ١٣٤)، «ضمان المنافع» (ص ٢٣٥ وما بعد، ٢٥٢ وما بعد) للدُّبو.

(١) في جداول التصويب عن: «كالذي يتأتي بعلة» ما نصه: «الظاهر أنها جملة في غير محلها».

(٢) الساجة: خشبة صلبة قوية تجلب من بلاد الهند، وقيل: خشبة منحوتة مهيأة للأساس. انظر: «البناية» (٨ / ٣٧٨).

(٣) «المدونة» (٤ / ١٩٠ ـ ١٩١)، «التفريع» (٢ / ٢٧٧)، «الكافي» (٤٣٢)، «التلقين» (٢ / ٤٣٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣١٩)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٧٩ ـ ٢٨٠)، «أسهل المدارك» (٣ / ٦٣).

وهذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٣ / ٢٥٥)، «المهذب» (١ / ٣٧٩ ـ ٣٨٠)، «الوجيز» (١ / ٢١٣)، «تكملة المجموع» (١٤ / ٣٦٨)، «روضة الطالبين» (٥ / ٤٦ ـ ٤٧)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٨٩)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٤٢)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤١٨ / رقم ١٣٥).

وهو مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٦ / ٣٩٧)، «الإنصاف» (٦ / ١٣٨)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥١)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٠٠)، «كشاف القناع» (٤ / ٨١).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١١٧ ـ ١١٨)، «مختصر القدوري» (٦٢)، «المبسوط» (١١ / ٩٣)، «بدائع =

تؤديه»[١]، ولأنها عين غصبها لو أراد ردها لكان له، فإذا امتنع أجبر على ذلك، أصله إذا لم يبن عليها، ولأنه شغل ملك الغير بملك له لا حرمة له غصباً؛ فوجب أن يلزمه رده، أصله إذا غصب أرضاً وبنى فيها.

مسألة ٩٨٥

إذا فتح قفصاً فيه طير فطار منه ضمنه هاجه أو لم يهجه طار عقيب الفتح أو بعد مهلة[٢]، وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه على كل وجه[٣]، وقال الشافعي: إن لم يهجه فلا يضمن، وإن هاجه ضمن[٤].

فدليلنا أنه سبب لإتلافه بدليل أن الطير كان لا يقدر على الخروج قبل الفتح، فإذا فتح القفص صار له طريق إلى الخروج، فإذا طار فقد تلف على صاحبه بسببه فضمنه كحافر البئر يتلف فيها الإنسان[٥].

= «الصنائع» (٩ / ٤٤١٧)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ١٢٦)، «اللباب» (٢ / ١٨٩، ١٩٢ ـ ١٩٣)، «الاختيار» (٣ / ٦٣)، «رد المحتار» (٦ / ١٩٢)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٢٦)، «البناية» (٨ / ٣٧٩)، «رؤوس المسائل» (٣٤٩)، «نتائج الأفكار» (٩ / ٣٣٧)، «إعلاء السنن» (١٦ / ٣٢٩ وما بعد)، «إيثار الإنصاف» (٢٦٠).

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٥ / ٨، ١٢، ١٣)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٦ / ١٤٦)، والدارمي (٢٥٩٩) وأبو داود (٣٥٦١) والترمذي (١٢٦٦) وابن ماجه (٢٤٠٠) في «سننهم»، والطبراني في «المعجم الكبير» (٦٨٦٢)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٤٧)، والقضاعي (١ / ٨٩)، وابن حزم (٩ / ١٧٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٩٠، ٩٥ و٨ / ١٢٦)؛ من حديث الحسن عن سمرة. والحديث ضعيف.
وانظر: «نصب الراية» (٤ / ١٦٧)، «الإرواء» (١٥١٦)، «ضعيف ابن ماجه» (٥٢٣).

(٢) «التاج والإكليل» (٥ / ٢٧٨ ـ بهامش «مواهب الجليل»)، «التلقين» (٢ / ٤٤٠)، «الشرح الصغير» (٤ / ٨٧)، «قوانين الأحكام» (٢٦١)، «أسهل المدارك» (٣ / ٦٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٠).

(٣) «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٤٥٩)، «رؤوس المسائل» (٣٥٠).

(٤) «مختصر المزني» (١١٨)، «المهذب» (١ / ٣٧٤)، «الوجيز» (١ / ٢٠٦)، «المنهاج» (ص ٧٠)، «كفاية الأخيار» (١ / ١٨٣)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٤٩ ـ ٢٥٠).

(٥) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو الراجح إن شاء الله تعالى.

مسألة ٩٨٦

إذا تعذر على الغاصب رد المغصوب بإباق العبد وشرود الدابة وغير ذلك وأخذ المالك القيمة؛ فإنها تصير ملكاً للمغصوب منه ويصير الشيء المغصوب ملكاً للغاصب، فإذا وجد لم يكن للمالك رد القيمة وأخذه[1]، وقال الشافعي: يرد القيمة ويرتجع السلعة[2].

فدليلنا أنَّ القيمة بدل عن العين المغصوبة، فإذا تعذر تسليمها كانت القيمة بدلاً منها؛ فوجب أن يملك كالثمن في المبيع، ولأن ضمان القيمة لو لم يكن سبباً للتمليك لأدى إلى اجتماع العوض والمعوض في ملك واحد فيما يصح تمليكه لعقود المعاوضات، وذلك خلاف الأصول.

مسألة ٩٨٧

إذا أراق خمراً على ذمي أو أتلف عليه خنزيراً على وجه التعدي؛ فعليه القيمة[3]، خلافاً

(١) «التفريع» (٢ / ٢٧٩)، «الكافي» (٤٣٣)، «المعونة» (٢ / ١٢٢١)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٢)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٧٩)، «الخرشي» (٦ / ١٤٩)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٤٤٤، ٤٥١ ـ ٤٥٢).
وهذا مذهب الحنفية.
انظر: «مختصر الطحاوي» (١١٨)، «القدوري» (ص ٦٢)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ١٣٩ ـ ١٤١)، «اللباب» (٢ / ١٩٩)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٤٢٥)، «رؤوس المسائل» (٣٤٧)، «البناية» (٨/ ٤٠٣).

(٢) «الأم» (٣ / ٢٥١)، «مختصر المزني» (١١٨ ـ ١١٩)، «المهذب» (: / ٣٦٧، ٣٦٩، ٣٧٥)، «الوجيز» (١ / ٢٠٩)، «فتح العزيز» (١١ / ٢٩٤)، «روضة الطالبين» (٥ / ٣١)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٨٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٢١٤ ـ ٢١٥)، «مختصر الخلافيات» (٣/ ٤٢٢ / رقم ١٣٦).
وهذا مذهب الحنابلة والظاهرية.
انظر: «المغني» (٥ / ١٩٦)، «المحلى» (٨ / ١٤٩).

(٣) «المدونة» (٤ / ١٩٠)، «التفريع» (٢ / ٢٧٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤١١)، «الكافي» (٤٣٢)، «المعونة» (٢ / ١٢٢٠) ـ وفيه: «إذا أراق على ذمي خمراً فعليه قيمته عند مالك، وقال عبدالملك: =

للشافعي[1]؛ لأنه أتلف عليه ما يعتقده مالاً له ظلماً؛ فوجب أن يضمن قيمته، أصله إذا أتلف عليه ما يصح تمليكه في حق المسلم، ولأن حفظ ماله والكف عن إتلافه عليه مستحق علينا كاستحقاقه في حفظ نفسه، فلما كانت نفسه مضمونة بالإتلاف؛ فكذلك ماله.

*****

= لا قيمة عليه» ـ، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٨٠)، «الخرشي» (٦ / ١٣٥).
وهذا مذهب الحنفية.
انظر: «مختصر الطحاوي» (١١٩)، «القدوري» (ص ٦٢)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ١٣٧)، «المبسوط» (١١ / ٥٣، ١٠٢)، «الاختيار» (٣ / ٦٥)، «بدائع الصنائع» (٧ / ١٤٧، ١٦٧)، «مجمع الضمانات» (١٣١ ـ ١٣٢)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٣٨)، «البناية» (٨ / ٤٢٢)، «رؤوس المسائل» (٣٤٨)، «درر الحكام» (٢ / ٢٦٨)، «إعلاء السنن» (١٦ / ٣٣٥ ـ ٣٣٧).

(١) «مختصر المزني» (١١٩)، «الإقناع» (١١٦)، «المهذب» (١ / ٣٨١)، «الوجيز» (١ / ٢٠٨)، «فتح العزيز» (١١ / ١٥٨)، «المنهاج» (٧١)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٤٨)، «الأشباه والنظائر» (٤٦٨) للسيوطي، «روضة الطالبين» (٥ / ١٧)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٨٥)، «مختصر الخلافيات» (٣/ ٤٢٣ / رقم ١٣٧).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥ / ٢٢٤)، «الإنصاف» (٦ / ٢٤٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٣٣)، «كشاف القناع» (٤ / ١١٦).
ومذهب الظاهرية.
انظر: «المحلى» (٨ / ١٤٨) ـ وغلط على الحنفية، فيما ذكر صاحب «إعلاء السنن» ـ.
وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ١٩٥، ١٩٦)، «نصب الراية» (٤ / ٥٥)، «التعويض عن الضرر» (ص ١٨٨ ـ فما بعد).

بسم الله الرحمٰن الرحيم

كتاب الشفعة[(١)]

مسألة ٩٨٨

الشفعة بالجوار لا تستحق[(٢)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٣)]؛ لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لا ينقسم، فإذا وقعت الحدود؛ فلا شفعة»[(٤)]؛ ففيه ثلاثة أدلة:

---

(١) هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. انظر: «شرح حدود ابن عرفة» (٣٥٦)، «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٧)، «التعريفات» (١١٢) للجرجاني.

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٦٧)، «الرسالة» (٢٢٧)، «الكافي» (٤٣٦)، «المقدمات الممهدات» (٣ / ٦١)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٥٦)، «أسهل المدارك» (٣ / ٣٧)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣١١ - ٣١٢)، «الشرح الكبير» (٣ / ٤٧٤)، «قوانين الأحكام» (٢٤٦)، «بلغة السالك» (٢ / ٢٢٨)، «معين الحكام» (٢ / ٥٦٨)، «الأحكام» (٧٦) للمالقي.
وهٰذا قول الأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور.
انظر: «الأم» (٤ / ٥)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٩٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٦٦)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٣١ / رقم ١٤١)، «المحلى» (٩ / ١٠٠)، «المحرر» (١ / ٣٦٥)، «المغني» (٧ / ٤٣٨)، «إعلام الموقعين» (٢ / ١١٧ - ١٢٥)، «الفروع» (٤ / ٥٢٩ - ٥٣٠)، «شرح منتهى الإرادات» (٢ / ٤٣٤)، «فتح الباري» (٤ / ٤٣٨)، «نيل الأوطار» (٥ / ٣٥٥).

(٣) «الجامع الكبير» (ص ٣١٤) لمحمد بن الحسن، «اللباب» (٢ / ١٠٧)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٤٩، ٦٦ - ٦٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٣٩ / رقم ١٩٤٧)، «المبسوط» (١٤ / ٩٤، ٩٦)، «عمدة القاري» (١٢ / ٧٢)، «فتح القدير» (٩ / ٣٦٩، ٣٧٦ - مع «تكملة فتح القدير»)، «الاختيار» (٢ / ٤٣)، «رد المحتار» (٦ / ٢٢١)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٤٠ - ٢٤٣)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٦٨٢ - ٢٦٨٣)، «إعلاء السنن» (١٧ / ١١ وما بعد)، «إيثار الإنصاف» (٣٢٩).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم إذا وقعت الحدود فلا شفعة، رقم ٢٢٥٧)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب المساقاة، باب الشفعة، رقم ١٦٠٨) عن جابر ابن عبدالله مرفوعاً.

أحدها: أنه أخبر عن محل الشفعة أنه فيما لم يقسم، فانتفى بذٰلك وجوبها في غيره.

والثاني: دليل الخطاب وهو أنه لما علقها بغير المقسوم دل على أن المقسوم بخلافه.

والثالث: نصه على سقوطها مع القسمة.

ولأنه ملك محوز بحدود، أصله إذا كان بينهما طريق نافذ، ولأن كل شفعة تستحق بالشركة فإنها تسقط مع القسمة، أصله الدار تكون بين ثلاثة، فإن لكل واحد منهم الشفعة فيما يبيع شريكه، فإذا قسموها وجعل باب أحدهم في الوسط وباب كل واحد من الآخرين في الطرف ثم باع صاحب الطرف؛ فإن الشفعة لصاحب الوسط ولا يكون لصاحب الطرف الآخر شفعة فيما يبيعه صاحب الآخر، وقد كان له شفعته في هٰذا المبيع قبل القسمة وإنما سقطت بالقسمة[1].

---

(١) الراجح إثبات الشفعة للجار الذي له شرك في حق من حقوق المبيع؛ كالشرب والطريق الخاص بهما ونحو ذٰلك، وهٰذا القول ـ كما قال ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٢ / ١٢٤ ـ ١٢٥ ـ ط دار الكتب الحديثة) ـ هو «الوسط الجامع بين الأدلة، الذي لا يحتمل سواه»، وقال: «والقياس الصحيح يقتضي هٰذا القول، فإن الاشتراك في حقوق الملك شقيق الاشتراك في الملك، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة في الملك، أو أقرب إليه، ورفعه مصلحة للشريك من غير مضرَّة على البائع ولا على المشتري، فالمعنى الذي وجبت لأجله شفعة الخلطة في الملك موجود في الخلطة في حقوقه؛ فهٰذا المذهب أوسط المذاهب وأجمعها للأدلة، وأقربها إلى العدل».

قلت: وهٰذا التفصيل رواية عن الإمام أحمد، وهو مروي عن عمر بن عبدالعزيز، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وهو قول العنبري وسوار بن عبيدالله ومذهب أهل البصرة وغيرهم من علماء الحديث.

انظر بسط المسألة وأدلتها في: «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ٨٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٥)، «الإنصاف» (٦ / ٢٥٥)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٠ / ٣٨٣)، «الجامع للاختيارات الفقهية» (٣ / ١١٦٠)، «الاختيارات الفقهية» (ص ١٦٧)، «فتح الباري» (٤ / ٤٣٧)، «سبل السلام» (٣ / ٩٨)، «نيل الأوطار» (٥ / ٣٧٣ ـ ٣٧٧)، «دراسة فقهية لبعض الأحاديث في الشفعة» (١٥ ـ ١٦)، «أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي» (ص ٧٦ ـ ٩٤).

مسألة ٩٨٩

اختلف عنه في الثمار، فقال: فيها الشفعة[١]. وقال: لا شفعة فيها[٢].

فدليلنا على إثبات الشفعة فيها: أنها معلّقة في الملك من غير صنعة آدمي بأصل تجب فيه الشفعة يخاف سوء المشارك[٣]، فأشبه الفحل والبئر[٤].

مسألة ٩٩٠

الشفعة على قدر الأنصباء[٥]، خلافاً لأبي

---

(١) «المدونة» (٤ / ٢٠٧)، «التفريع» (٤ / ٢٩٩)، «الكافي» (٤٣٧)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٩٤)، «المنتقى» (٦ / ٢٢٢)، «المعونة» (٢ / ١٢٦٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٦)، «فصول الأحكام» (١٩٥، ١٩٨)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٤٨٢)، «معين الحكام» (٢ / ٥٦٩، ٥٧٣) ـ وفيه: «وقال أشهب وعبدالملك وأصبغ: فيها الشفعة» ـ.

(٢) وهو أيضاً قول المغيرة وابن القاسم ومطرف وعبدالملك. وانظر: «معين الحكام» (٢ / ٥٧٣)، والمصادر السابقة.

(٣) في الأصل والمطبوع: «شراء»، وفي هامشهما: «لعل في العبارة تحريفاً أو أنها زائدة»، والمثبت من «المعونة» و(ط).

(٤) من يمعن النظر في أدلة الفريقين يجد أن الأحاديث والآثار الواردة في ثبوت الشفعة في المنقول ضعيفة ومعلولة لا تقوى على مواجهة أحاديث النافين للشفعة في المنقول، فهي في غاية من القوة، ثم إن منطوق هٰذه الأحاديث جاء مقصوراً على العقار وما في معناه، فضرب الحدود والمعالم وصرف الطرق يشعر باختصاصها في العقار دون غيره من المنقولات، زد على ذٰلك من المنقولات ما تلزم قسمته لذا؛ فإن القول بعدم ثبوت الشفعة في المنقول هو الذي يتفق مع مقصد مشروعية الشفعة ومنطوق الأحاديث والآثار الواردة في الباب، والله أعلم.

انظر بسط المسألة وأدلتها في: «شرح معاني الآثار» (٤ / ١٢٥)، «أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي» (ص ١٧٦)، «سبل السلام» (٣ / ٩٦)، «المحلى» (٩ / ٨٣ ـ ٨٤)، «نيل الأوطار» (٥ / ٣٧٥)، «فتح الباري» (٤ / ٤٣٦)، «إعلام الموقعين» (٢ / ١١٦).

(٥) «المدونة» (٤ / ٢٠٧)، «التفريع» (٢ / ٢٩٩)، «الكافي» (٤٣٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٧)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨٣). وهٰذا هو الصحيح عند الحنابلة.

انظر: «المقنع» (٢ / ٢٦٣)، «المغني» (٥ / ٣٦٣)، «الإنصاف» (٦ / ٢٧٦).

وهو أظهر القولين عند الشافعية.

حنيفة[(١)]؛ لأن الشفعة معنى يستفاد بالملك فوجب أن تكون معتبرة بالملك لا بقدر الملاك، أصله غلة الدار وكسب العبد؛ ولأن مرافق الأموال تتوزع على قدر مقادير أملاك الشركاء في القلة والكثرة كالربح في الثمار وأجرة المساكن[(٢)]، ولأن الشفعة مستحقة لإزالة الضرر المتأبد لولاها لم يكن إزالته لحق واجب وهو أن يطالب المشتري الشريك بالقسمة فيلزمه فيدخل عليه الضرر من وجوه نقصان قيمة نصيبه إذا انفرد واستئناف مرافق وزيادة مئونة فالضرر يدخل عليه على حسب ملكه[(٣)]؛ ولأن الدار إذا قسمت قسطت مئونة البناء في القسمة على قدر الملك لا على قدر الرؤوس، فإذا كانت الشفعة مستحقة لهٰذا وجب أن تستحق بقدر الملك؛ لأن هٰذا

= انظر: «السنن الكبرى» للبيهقي (٦ / ١١٠)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٩١ ـ ٢٩٢)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٠٥)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢١١) ـ وعزاه للأكثرين من الشافعية ـ، «تكملة المجموع» (١٣ / ٣٨٧) للمطيعي.

وعزاه ابن قدامة للحسن وابن سيرين وعطاء وسوار والعنبري وإسحاق وأبي عبيد.

(١) «مختصر الطحاوي» (١٢١)، «المبسوط» (١٤ / ٩٨)، «اللباب» (٢ / ١١٦)، «إيثار الإنصاف» (٣٢٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤٨ / رقم ١٩٦٥) ـ وفيه: «قال أصحابنا: الشفعة على عدد الرؤوس، وهو قول الثوري وشريك والحسن بن حي والشافعي، وقال مالك وعبيدالله بن الحسن وسوار: على قدر الأنصباء. وروى الحسن وعطاء: على الأنصباء. وعن الشعبي: على عدد الرؤوس» ـ، «درر الحكام» (٢ / ٦٨٣)، «إعلاء السنن» (١٧ / ٢٩ ـ ٣٠).

قلت: وهٰذا قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وعثمان البتي والظاهرية، واختاره المزني وجمع من متأخري الشافعية، بل قال الأسنوي: إن القول بتوزيع الشفعة على قدر الحصص خلاف مذهب الشافعي، واختاره ابن عقيل من الحنابلة، وقال: «هٰذا الصحيح عندي».

انظر: «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ٨٥)، «المحلى» (٩ / ٩٨)، «الإنصاف» (٦ / ٢٧٦)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٠٥).

(٢) أجيب عن هٰذا بأنَّ السبب أصل للمشاركة؛ فهو لا يتفاوت بقدرها، فلا يترتب عليه تفاضل بين الشركاء. أفاده الكاساني، أما تفاوت الشركاء في اقتسام الثمرة والربح والأجرة؛ فإن ذٰلك يتم بقدر المال؛ لأن الربح والأجرة متولدة عنه، أفادهُ السرخسي.

(٣) أجيب عن هٰذا بأن استحقاق الشفعة لغرض رفع الضرر عن الشريك والضرر على الشركاء غالباً لا يتفاوت فيما بينهم، وقد يكون ضرر صاحب القليل أبلغ من الضرر الذي يقع على صاحب الكثير، أفاده الشيخ المطيعي.

الضرر إذا وجد فقسط بحسب المال، وكذلك إذا رفع[١].

مسألة ٩٩١

طلب الشفعة ليس على الفور[٢]، وعنه في انقطاعها للحاضر روايتان:

إحداهما: أنه تنقطع بعد سنة.

---

(١) وقع خلاف حول الضرر الذي قصد الشارع رفعه وإزالته بمشروعية الشفعة:
فذهبت طائفة من العلماء إلى أن الشارع الحكيم شرع الشفعة لإزالة ضرر القسمة بين الشركاء.
بينما ذهبت طائفة أخرى إلى أن الضرر الذي قصد الشارع رفعه هو الضرر الناشىء عن المشاركة بين الشركاء، ومن هنا بنى كل صاحب قول مذهب على أصله في هٰذه المسألة، فمن قال: إن الضرر المراد رفعه بالشفعة هو مؤونة الاقتسام، قال بتوزيع الشفعة على قدر الأنصباء؛ لأن حاجة صاحب الكثير إلى مؤونة الاقتسام أكثر من حاجة صاحب القليل، ومن قال بضرر المشاركة قال بتوزيع الشفعة على عدد الرؤوس؛ لأن الضرر على الشركاء لا يقدر بكثرة الشرك أو قلته.
الذي يترجح في نظري في المسألة هو القول بقسمة الشفعة بين الشفعاء على عدد الرؤوس لا على عدد الأسهم لقوة أدلة القائلين بذٰلك ولوجاهتها، فإن سبب الشفعة هو المشاركة في العقار وليس مقدار السبب.
ثم إن الضرر الذي يقع على صاحب القليل ليس بأقل من الضرر الذي يقع على صاحب الكثير، ولو كان الضرر يتقدر بقدر نصيب الشركة لاندفع ذٰلك الضرر بأخذ الشفيع بقدر ما يتناسب مع نصيبه ابتداءً ولو مع انفراده بالشفعة دون مزاحمة، فعدم حصول ذٰلك في حق الشفيع دل على أن دفع الضرر يقتضي أخذ الكل، والله أعلم. من «أحكام الشفعة» (ص ١٣٩ ـ ١٤٠).

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٧٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٩٧)، «حاشية الراهوني» (٦ / ٢٧٨)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٢٥)، «منح الجليل» (٣ / ٦٠٦)، «شرح العمليات» (٤٩٨) للفلالي، والمصادر الآتية.
وهٰذا مذهب الظاهرية.
انظر: «المحلى» (٩ / ٩٠).
وهو قول الحنابلة.
انظر: «الإنصاف» (٦ / ٢٦٠).
والشافعي في القديم.
انظر: «المهذب» (٢ / ٣٧٩ـ ٣٨٠).

والأخرى: أنها لا تنقطع إلا بعد أن يأتي عليه من الزمان ما يعلم به أنه تارك لها[1].

وقال أبو حنيفة: أنه على الفور[2] وهو أظهر أقاويل الشافعي[3] فدليلنا قوله عليه السلام: «الشفعة فيما لم ينقسم»[4]، ولم يعلقه بحد، ولأن المطالبة حق

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧١٥)، «المدونة» (٤ / ٢٠٨)، «التفريع» (٢ / ٣٠١)، «الرسالة» (٢٢٨)، «الكافي» (٤٤٣)، «المعونة» (٢ / ١٢٧٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٧)، «حاشية الراهوني» (٦ / ٢٧٨)، «معين الحكام» (٢ / ٥٧٤، ٥٧٥ ـ ٥٧٦)، «فصول الأحكام» (١٩٦، ١٩٨)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣٢٢)، «حلي المعاصم» (٢ / ١٠٦ ـ ١٠٧)، «الأحكام» (٧٩) للمالقي.

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٢٠)، «المبسوط» (١٤ / ١١٧)، «اللباب» (٢ / ١٠٨)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٧١١)، «إعلاء السنن» (١٧ / ١٨ ـ ٢١).

وقال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤١ ـ ٢٤٢ / رقم ١٩٤٩): «قال أصحابنا والحسن بن حي: إن لم يطلب مكانه بطلت شفعته. وقال الحسن بن زياد: إذا أشهد أنه على شفعته ولم يقم بها فيما بينه وبين أن يصل إلى القاضي فقد أبطل شفعته. وقال الحسن: وأما أبو حنيفة فقال: ثلاثة أيام. وروى محمد عن أبي حنيفة: أنه على شفعته أبداً. وقال محمد: إنه إذا تركها بعد الطلب شهراً بطلت. وقال أبو يوسف: إذا أمكنه أن يطلب عند القاضي ويأخذه فلم يفعل بطلت. وقال ابن أبي ليلى: إذا علم بالبيع فهو بالخيار ثلاثاً. قال الشعبي: يوماً. وقال عثمان البتي: ثلاثاً. وقال مالك: إذا علم بالشراء فلم يطالب حتى طال بطلت والسنة ليست بكثير، وله أن يأخذ، وهذا في الحاضر، أما الغائب؛ فلا تبطل شفعته. وقال الثوري: إذا لم يطلبها أياماً بطلت شفعته، وذكر المعافى عنه ثلاثة أيام. وقال الأوزاعي والحسن بن حي والليث وعبيدالله بن الحسن والشافعي: إذا لم يطلب حين علم بطلت. وقال شريك: إذا علم فلم يطلب فهو على شفعته. أو سكت حتى يطلب أو يقول قد تركت. وقال أبو جعفر: قول شريك خارج من أقاويل الفقهاء. وقال الشعبي: من بيعت شفعته وهو شاهد لا ينكر فلا شفعة له، وكان قول شريك شاذاً، وثبت قول الآخرين؛ فينبغي أن يستوي قليل الوقت وكثيره في بطلان الشفعة به، إذا ترك الطلب فيه».

والقول بالفور هو الصحيح عند الحنابلة.

انظر: «المغني» (٥ / ٣٤٢) ـ وعزاه لابن شبرمة والبتي والأوزاعي والعنبري ـ، «الإنصاف» (٦ / ٢٦٠)، «المبدع» (٥ / ٢٠٨).

(٣) «الأم» (٤ / ٣)، «مختصر المزني» (١٢٠)، «المهذب» (٢ / ٣٨٠) ـ وفيه عن القول بالفور: «وهو الصحيح» ـ، «حلية العلماء» (٥ / ٢٨٣ ـ ٢٨٤).

(٤) مضى تخريجه في مسألة (رقم ٩٨٨).

للشفيع والأصل إن كان من ثبت له حق فله أخذه وله تركه أي وقت شاء إلا أن يقوم دليل على تعلقه بوقت يفوت بخروجه هذا أصل بنينا عليه هذا الباب ولا ينتقض بأعيان المسائل؛ ولأنه حق من جهة استيفاء مال لم يكن فيه تفريط ولا تدليس فلم تجب المطالبة فيه على الفور أصله المطالبة بالديون؛ ولأن على الشفيع إضراراً في المطالبة على الفور؛ لأنه قد يعلم ببيع الشقص في وقت لا يكون معه ثمنه فيحتاج إلى تحصيل الثمن وبيع ما يحصله به، وذلك يقتضي مهلة يمكنه فيها، وكذلك قد يكون المشتري عمر الشقص فيجب له قيمة العمارة ويتعذر على الشفيع قيمة الشقص في الوقت والضرر غير جائز[1].

مسألة ٩٩٢

تستحق الشفعة في النكاح والإجارة والخلع[2] خلافاً لأبي

---

(١) الذي يظهر من خلال إيراد أقوال العلماء في المسألة أن عمدة القائلين بالفورية هو حديث: «الشفعة كنشطة العقال»، وهٰذا الحديث ضعيف، وفيه مقال لأئمة الحديث، كما بيّنته في تعليقي على «إعلام الموقعين».

انظر: «الإرواء» (٥ / ٣٧٩)، «نيل الأوطار» (٥ / ٣٧٨).

وعليه؛ فلم يعد الحديث دليلاً يعتمد عليه في إثبات الفورية في الأخذ بالشفعة.

أما القائلون بالتراخي في الأخذ بمدة طويلة كالشهر أو السنة؛ فإن هٰذه المدة مدة طويلة لا يستدعيها خيار الأخذ بالشفعة، ولا يسلم المشتري غالباً من الضرر خلالها لأن بقاء المشتري وهو غير مستقر الملك أمر يضر به لا محالة، ومن هٰذا يظهر بوضوح أن في مطالبة الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ فور سماعه بالبيع أو سقوط حقه وضع يجعله أكثر حرجاً؛ فهو لا يتمكن من مراجعة نفسه كما أن في إمهال الشفيع مدة طويلة تزيد عن مدة الخيار عادة تجعل المشتري في وضع غير مستقر وأكثر حرجاً بسبب عدم استقرار تملكه على العين والأولى في هٰذا هو الأخذ بقول القائلين بالتراخي وتحديده بثلاثة أيام، فإن الثلاثة أيام مهلة كافية للنظر والتأمل والاختيار، ولأن ثلاثة الأيام أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة.

أما قول من قال بأن تقديره بثلاثة أيام يحتاج إلى دليل ولا دليل على ذٰلك؛ فيجاب عن ذٰلك بأن لا دليل على الفورية يعتمد عليه، وإذا انتفى الدليل تساوى القولان، وإذا تساوى القولان أخذ بأقربهما إلى تحقيق المصلحة، وفي تقدير مدة الطلب بثلاثة أيام ما يجعل الشفيع يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة أو الترك عن دراية وروية، وبهٰذا يتحقق الجمع بين ما يتوخاه الطرفان في المسألة. والله أعلم. من «أحكام الشفعة» (٣١٢).

(٢) «المدونة» (٤ / ٢١٠)، «الكافي» (٤٤٣)، «المعونة» (٢ / ١٢٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٨)، =

حنيفة[١] لقوله صلى الله عليه وسلم: «الشريك شفيع»[٢]، وقوله: «الشفعة فيما لم يقسم»[٣] ولم يفرق ولأنه نوع معاوضة يملك به ما يجب فيه الشفعة فجاز أن تستحق به الشفعة كالبيع.

(فصل): ويؤخذ الشقص بقيمته[٤] خلافاً للشافعي في قوله: مهر المثل[٥]؛ لأن ذلك يوجب تقويم البضع في حقوق الأجانب؛ ولأن في ذلك ضرراً على المرأة وعلى الشفيع؛ لأنه قد تكون قيمته أضعاف مهر المثل بأن يكون الزوج قد سامح المرأة وتقول لا أرضى ببذل بضعي بمهر المثل؛ فإذا كلفنا المرأة مهر المثل عوضاً منه أضررنا بها، وكذلك عكسه في حق الشفيع فكانت القيمة أعدل.

= «المنتقى» (٦ / ٢٠٣)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨٩، ٥٩٤).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «المهذب» (١ / ٣٨٤)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٧٠).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «الفروع» (٤ / ٥٢٩).

(١) «مختصر الطحاوي» (١٢١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤٤ / رقم ١٩٥٤) ـ وفيه: قال أصحابنا: لا شفعة في المهر والجعل والصلح من دم العمد والإجارة. وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة ومالك: إذا تزوجها على نصف الدار أخذ الشفيع بقيمة الشقص. وقال الشافعي: يأخذها بمهر مثلها ـ.

(٢) أخرجه أسحاق بن راهوية ـ كما في «نصب الراية» (٤ / ١٧٧) ـ، والترمذي في «الجامع» (١٣٧١)، والنسائي في «الكبرى» ـ كما في «التحفة» (٥ / رقم ٥٧٩٥) ـ، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ١٢٥)، والطبراني في «الكبير» (١٢٤٤)، وابن عدي في «الكامل» (٦ / ٢١١٣)، والدارقطني في «السنن» (٤ / ٢٢٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ١٠٩) من حديث ابن عباس.

والحديث ضعيف، وصوابه مرسل ابن أبي مليكة، وهو عند عبدالرزاق (٨ / ٨٨).

انظر: «السلسلة الضعيفة» (١٠٠٩)، وتعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٤٤٣٤).

(٣) مضى تخريجه مسألة (رقم ٩٨٨).

(٤) «المدونة» (٤ / ٢٢٤)، «الكافي» (٤٤٤)، «المعونة» (٢ / ١٢٧١).

(٥) «الأم» (٤ / ٣)، «الإقناع» (١١٧)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٩٧). وانظر ما تقدم.

مسألة ٩٩٣

إذا أخذ الشقص بالشفعة ثم خرج مستحقاً[١]؛ فالعهدة على المشتري[٢]، وقال ابن أبي ليلى: على البائع[٣]. وقال محمد بن الحسن: إذا كان الشفيع أخذ الشقص من البائع فعهدته عليه[٤].

---

(١) أي أن الشفيع إذا أخذ الشّقص فظهر مستحقاً، فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع.

(٢) «المدونة» (٤ / ٢٠٩)، «الموطأ» (٤٤٥ ـ ط الشعب)، «المعونة» (٢ / ١٢٧٦)، «التفريع» (٢ / ٣٠٢)، «الرسالة» (٢٢٨)، «الكافي» (٤٤٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٩)، «حاشية الرهوني» (٦ / ٢٧٤)، «منح الجليل» (٣ / ٦٠٢)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٤٨٧)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨٨، ٥٩٤، ٥٩٥).

(٣) «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (٣٧).

وحكاه الشاشي القفال في «حلية العلماء» (٥ / ٣١١) والجصاص ـ فيما يأتي ـ عن ابن أبي ليلى وعثمان البتي.

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٢٣)، «اللباب» (٢ / ١١٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤٢ / رقم ١٩٥٠) ـ وفيه: «قال أصحابنا: إذا أخذ الدار من البائع فعهدته عليه، وإن أخذها من المشتري فعهدته على المشتري.

وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي: عهدته على البائع؛ لأن الشفعة وجبت يوم اشترى الشفيع.

وقال مالك: عهدته على المشتري قبض أو لم يقبض في رواية أسد.

وقال ابن عبدالحكم عنه: وعهدته على الذي يؤخذ منه.

وقال الثوري: عهدته على المشتري، وهو قول الليث.

وقال الحسن بن حي: عهدته على من أخذ منه الدار.

وقال الشافعي: عهدة المشتري على البائع، وعهدة الشفيع على المشتري».

وانظر مذهب الحنفية في: «المبسوط» (١٤ / ١٢٢)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٧٢٢)، «الفتاوى الهندية» (٥ / ١٧٨)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ١٥٢).

وانظر مذهب الشافعية في: «المهذب» (١ / ٣٩٠)، «تكملة المجموع» (١٣ / ٣٨٠)، «حاشية البجيرمي» (٣ / ١٤٣)، «حلية العلماء» (٥ / ٣١٠).

وانظر مذهب الحنابلة في: «المغني» (٥ / ٢٧٧)، «المقنع» (٢ / ٢٦٤)، «الإنصاف» (٦ / ٢٧٧).

ودليلنا أن الشفيع ملك الشقص عن المبتاع فوجب أن يرجع عليه دون غيره؛ كالمبتاع من البائع[١].

مسألة ٩٩٤

المسلم والذمي في استحقاق الشفعة سواء[٢]، خلافاً لأحمد بن حنبل[٣] وداود[٤] في قولهما: لا شفعة للذمي؛ لقوله ﷺ: «الشريك شفيع»[٥]؛ فعم، ولأنه

---

(١) عموم الأحاديث الواردة بثبوت حق الشفعة لا تفرق بين الشفيع إذا كان مشترياً أو غير مشتري؛ فالقول بالتفريق في ذٰلك قول لا يحتمله الدليل الوارد في مشروعية الشفعة، ثم إن شراء الشريك لا يسقط حقه في تملك الشقص القديم، وما دام تملكه فيه قائماً فحقه في الشفعة كذٰلك، وما قيل في ثبوت حق الشفيع إذا كان مشترياً يقال أيضاً في ثبوت حق الشريك مع المشتري في الشفعة؛ فالذي يترجح في المسألة في نظري هو ما ذهب إليه جمهور العلماء لعموم الأحاديث في ذٰلك، والله أعلم. من «أحكام الشفعة» (١٥٢).

(٢) «المدونة» (٤ / ٢٠٥)، «الكافي» (٤٣٨)، «المعونة» (٢ / ١٢٨١)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣١١)، «معين الحكام» (٢ / ٥٧٢).

قلت: وهو قول الحنفية والثوري والشافعي.

وانظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤٤ / رقم ١٩٥٦)، «روضة الطالبين» (٥ / ٧٢)، «المهذب» (١ / ٣٧٨)، «المبسوط» (١٤ / ٩٩)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٧٠٨)، «عمدة القاري» (١٢ / ٧٥)، «إعلاء السنن» (١٧ / ٢٢ ـ ٢٥)، «دراسة فقهية لبعض أحاديث الشفعة» (٤١) للدكتور حمد الحماد.

(٣) «مسائل عبدالله» (٣ / ٩٥٩ / رقم ١٣٠٣)، «الإنصاف» (٦ / ٣١٢)، «الإفصاح» (٢ / ٢٧٦)، «المغني» (٥ / ٢٨٨)، «الكافي» (٢ / ٤٣٥)، «المقنع» (٢ / ٢٧٥)، «الفروع» (٤ / ٥٥١)، «المبدع» (٥ / ٢٣٠ ـ ٢٣١)، «أحكام أهل الذمة» (١ / ٢٦٧ ـ ٢٩٣).

(٤) «المحلى» (٩ / ٩٤، ١٠ / ٢٥)، والمنقول عنه وجوب الشفعة للذمي؛ كمذهب الجمهور، وخالف جمع غير الحنابلة؛ فالمنع هو قول الحسن بن صالح.

وانظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤٥).

وهو المروي عن الحسن والشعبي.

انظر: «المغني» (٥ / ٣٨٧)، «المحلى» (٩ / ٩٤)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٧١).

ونسبه العيني في «عمدة القاري» (١٢ / ٧٥) للحارث العكلي.

(٥) مضى تخريجه في المسألة (رقم ٩٩٢).

حق وضع لإزالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب، ولأنه معنى يستفاد بالملك؛ كالاستخدام[١].

مسألة ٩٩٥

لا شفعة في العروض والحيوان[٢]، خلافاً لمن يحكى عنه ذٰلك[٣]؛ لقوله

---

(١) الناظر في أدلة المجيزين يجد أن غاية ما فيها عمومات أحاديث الشفعة وليس لهم فيها نص في إيجاب حق الشفعة للكافر، أما قياسهم الشفعة على الرد بالعيب؛ فقد تولى ابن القيم رده بقوله: «فإن الرد بالعيب من باب استدراك الظلامة وأخذ الجزء الفائت الذي يترك على الثمن في مقابلته، فأين ذٰلك من تسليطه ـ أي الكافر ـ على انتزاع ملك المسلم منه قهراً واستيلائه عليه». انظر: «أحكام أهل الذمة» (١ / ٢٦٧).

أقول: إذا كانت حقيقة الشفعة هي انتزاع ملك الغير منه قهراً لدفع المضرة عن الشفيع، فإنه إذا كان هٰذا الشفيع كافراً؛ فإن تسليطاً له على حق المسلم، فإنه مع أن فيه إلحاق المضرة بالمسلم الذي هو المشتري إلا أن فيه ضرراً على المسلمين جميعاً من حيث انتزاع أملاكهم على مبدأ القول بثبوت حق الشفعة للكافر، وبذٰلك تكون لهم الغلبة في تملك دار المسلمين ولعل سياسة الاعتداء والاستيطان تتخذ من الشفعة سبباً من أسباب التوسع في بلاد المسلمين لقصد الإيذاء والكيد لهم وقهرهم في عقر دارهم كما هي الحال في عدد من نواحي العالم الإسلامي في وقتنا الحاضر؛ فالذي يظهر لي والله أعلم أن القول بعدم ثبوت حق الشفعة للكافر هو القول الراجح في المسألة، والله أعلم. من «أحكام الشفعة» (١٢٤ ـ ١٢٥).

وانظر: «العلل المتناهية» (٢ / ١١٠)، «السنن الكبرى» للبيهقي (٦ / ١٠٩)، «نيل الأوطار» (٨ / ٧٦).

(٢) «الموطأ» (٢ / ٧١٣ ـ ٧١٧)، «المدونة» (٤ / ٢٠٧)، «التفريع» (٢ / ٢٩٩)، «الرسالة» (٢٢٨)، «الكافي» (٤٣٦)، «المعونة» (٢ / ١٢٦٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٧)، «المنتقى» (٦ / ٢٢٢)، «معين الحكام» (٢ / ٥٦٩)، «فصول الأحكام» (١٩٥).

(٣) وهو قول ابن حزم. انظر: «المحلى» (٩ / ٨٢ ـ ٨٣).

وهو قول أحمد في رواية أبي الخطاب. انظر: «المغني» (٥ / ٣١٢).

ونسب لعطاء بن أبي رباح؛ كما في «الشرح الكبير» (٥ / ٤٧٢)، و «فتح الباري» (٤ / ٤٣٦).

ولابن أبي ليلى، وهو رواية عن مالك.

انظر: «المنتقى» (٦ / ٢٢٢)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٦٣ ـ ٢٦٤)، «شرح معاني الآثار» (٢ / ٢٦٩)، «إعلاء السنن» (١٧ / ٣).

ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»[١]، وقوله: «إذا ضربت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[٢]، ولأنه مما ينقل ويحول؛ كالذهب والفضة[٣].

مسألة ٩٩٦

إذا اشترى شقصاً فيه الشفعة بثمن إلى أجل وكان الشفيع ثقة مليئاً؛ فله أخذه بالثمن إلى الأجل، وإلا أتى بثقة مليء وكان له أخذ الشقص[٤]، خلافاً لأبي حنيفة[٥] والشافعي[٦] في قولهما: إنه ليس له إلا أن يأخذه بالثمن حالاً أو يؤخره

---

(١) مضى تخريجه مسألة (رقم ٩٨٨).

(٢) نفس الحديث السابق.

(٣) من يمعن النظر في أدلة الفريقين يجد أن الأحاديث والآثار الواردة في ثبوت الشفعة في المنقول ضعيفة ومعلولة لا تقوى على مواجهة أحاديث النافين للشفعة في المنقول؛ فهي في غاية من القوة، ثم إن منطوق هٰذه الأحاديث جاء مقصوراً على العقار، وما في معناه؛ فضرب الحدود والمعالم وصرف الطرق يشعر باختصاصها في العقار دون غيره من المنقولات، زد على ذٰلك من المنقولات ما تلزم قسمته لذا فإن القول بعدم ثبوت الشفعة في المنقول هو الذي يتفق مع مقصد مشروعية الشفعة ومنطوق الأحاديث والآثار الواردة في الباب، والله أعلم. من «أحكام الشفعة» (١٧٦).
وانظر: «سبل السلام» (٣ / ٩٦)، «السنن الكبرى» (٦ / ٦٠٩) للبيهقي، «إعلام الموقعين» (٢ / ١١٦).

(٤) «المدونة» (٤ / ٢١٨ ـ ٢١٩)، «الموطأ» (٢ / ٧١٥)، «المعونة» (٢ / ١٢٨٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٩٥)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣١٦)، «حاشية الرهوني» (٦ / ٢٦٠)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٤٧٨)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨١، ٥٨٢).

(٥) «اللباب» (٢ / ١٢٠)، «المبسوط» (١٤ / ١٠٣)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٧٣٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤٣ / رقم ١٩٥٢) ـ وفيه: «قال أصحابنا: إذا اشترى داراً بثمن مؤجل فإن شاء الشفيع صبر حتى يحل الأجل ثم يأخذ، وإن شاء أخذها بالثمن حالاً، وهو قول الثوري والشافعي، وقال مالك والبتي: إذا كان مليئاً أخذها بالثمن إلى أجله، وإن كان مخوفاً فإذا جاء على ثقة مثل الذي اشترى منه فذٰلك له» ـ «إعلاء السنن» (١٧ / ١٩).

(٦) «مختصر المزني» (١٢٠)، «المهذب» (١ / ٣٣٩)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٠١)، «تكملة المجموع» (١٣ / ٣٦٩).
وذهب زفر من الحنفية ـ وهو قول الشافعي في القديم، وذهب إليه الظاهرية ـ إلى أن الشفيع يأخذ الشقص بأجله مطلقاً.

بالمطالبة إلى الأجل؛ لأنه لو لم يجب بها الأخذ على ما قلناه لم يخل من أحد أمرين: إما أن يأخذها نقداً، وذلك زيادة عليه على ما أخذها المشتري فلم يجز كالزيادة عليه في الثمن، ولأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن؛ فكان كالزيادة في مقداره، أو أن يؤخر الأخذ بها إلى أن يحل الأجل، وذلك غير جائز؛ لأنه حق وجب له يملك أخذه بمثل ما عاوض المشتري عليه؛ فكان له ذلك كالبيع بالنقد(١)، وإذا انتفى الأمران لم يبق إلا ما قلناه(٢).

مسألة ٩٩٧

اختلف عن مالك في الهبة لغير ثواب وفي الصدقة هل تجب فيها الشفعة؟

فعنه فيها روايتان:

إحداهما: وجوب الشفعة.

والأخرى: سقوطها(٣).

= انظر: «المبسوط» (١٤ / ١٠٣)، «تكملة المجموع» (١٣ / ٣٦٩)، «المحلى» (٩ / ٩٥).

وذهب الثوري إلى أن الشفيع لا يأخذ إلا بالنقد حالاً.

انظر: «المغني» (٥ / ٣٥).

ومفهومه سقوط الشفعة إن لم يأخذ حالاً.

ومذهب الحنابلة شبيه بمذهب المالكية.

انظر: «الإنصاف» (٦ / ٣٠١ ـ ٣٠٢)، «المقنع» (٢ / ٢٧١).

(١) وأجيب عنه بأنَّ الأجل ليس من صفات الثمن، وإنما هو شرط يلحقه المشتري بالعقد، كشرط الخيار، فهو وجد في حق المشتري، ولم يوجد في حق الشفيع. أفاده السرخسي والكاساني.

(٢) الراجح هو التوفيق بين حفظ الحقوق، سواء حق الشفيع في بقاء حقِّه في الشفعة، أو حق المشتري في ضمان حقه، وتوجيه ذلك في أن يخير الشفيع بين التعجيل بدفع الثمن حالاً، أو التأجيل مع أخذ المبيع إن كان ملياً، أو جاء بضامن مليء، أو أتى برهن يساوي المبيع، فإن لم يتمكن من ذلك تأجَّل الأخذُ بالشفعة إلى حلول الأجل، وعند ذلك يدفع الثمن، ويأخذ المبيع، فإن لم يستطع عند ذلك سقطت شفعته وهكذا، والله أعلم. من «أحكام الشفعة» (ص ٢٨٢).

(٣) «المدونة» (٤ / ٢١٠)، «الذخيرة» (٧ / ٣٥٠ ـ ٣٥١)، «المعونة» (٢ / ١٢٧١)، «الكافي» (٤٤٢ ـ ٤٤٣)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٩)، «معين الحكام» (٢ / ٥٧١ ـ ٥٧٢، ٥٩١ ـ ٥٩٣)، =

وهو قول أبي حنيفة[١] والشافعي[٢].

ودليلنا على وجوبها قوله ﷺ: «الشركة في كل سريعة»[٣]، وقوله: «الشريك شفيع»[٤]، ولأنه ملكه باختياره فوجب تعلق الشفعة به؛ كالبيع، وبذٰلك فارق الميراث[٥].

= «فصول الأحكام» (١٩٥)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٢٠)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣٢٠)، «شرح العمليات العامة» (٢٩٥) للفلالي عند قول الناظم:

وليس في صدقة ولا هبه لا الثواب شفعة مستوجبه

(١) «المبسوط» (١٤ / ١١٣) ـ وفيه أن هٰذه رواية الحسن عن أبي حنيفة ـ، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤٥ / رقم ١٩٥٧) ـ وفيه: «قال أصحابنا: إذا وهب له داراً على غير شرط عوض ثم عوضه لم يجب فيها شفعة. وقال ابن أبي ليلى: فيها الشفعة. وقال مالك والشافعي: إذا وهبها رجاء الثواب ثم عوضه؛ فللشفيع الشفعة وهو قول الحسن بن حي. وذكر ابن القاسم على مذهب مالك أنه إن وهبه لصلة رحم أو صدقة فلا شفعة فيه، وإن أثابه الموهوب له» ـ.

(٢) «المهذب» (١ / ٣٨٤)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٧٠)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٠٣)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٠٨)، «حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣ / ٥٠٩).

وهٰذا مذهب جمهور الحنابلة. انظر: «الإنصاف» (٦ / ٢٨٥)، «المغني» (٥ / ٣٣٥).

(٣) كذا في الأصل والمطبوع، ولعله محرف من الحديث المشهور: «الشفعة في كل شرك»!! أفاده ناسخ الأصل ومحشي المطبوع، والحديث المذكور أخرجه مسلم في «صحيحه» (رقم ١٠٦٤) عن جابر مرفوعاً.

(٤) مضى تخريجه في المسألة (رقم ٩٩٢).

(٥) الراجح قول الجمهور، وهو إثبات حق الشفعة في المبيع ولا يبطلها تصرف المشتري بإيقاف المبيع لعموم الأحاديث التي أثبتت مشروعية الشفعة وأثبتت حق الشريك في الشفعة متى وجدت أسبابها، فاستثناء تصرف المشتري بالوقف والهبة والصدقة وجعل المبيع مسجداً أو مقبرة من مشروعية الشفعة هو استثناء بلا دليل ومتى فقد الدليل بطل الادعاء، وما علل به المخالف مذهبه بأن ثبوت الشفعة يلحق الضرر بالموقوف عليهم والموهوب فيمكن الرد على ذٰلك بأن هٰذا يزول بدفع الشفيع الثمن للموهوب والموقوف عليه؛ لأن الواقف والواهب لم يوقف أو يهب إلا للمنفعة في الوقف، والتمليك في الهبة فإذا أخذ الثمن زال الضرر، ثم إن الضرر اللاحق بالشريك من الشركة أولى بالإزالة من ضرر الموهوب أو الموقوف عليه.

أما القول بأن ملك المشتري يزول في هٰذه التصرفات فيقال بأن حق الشفيع يثبت قبل زوال الملك؛ فهو تصرف قد تعلق به حق الغير جعله الشارع سبباً لإزالة الضرر، والله أعلم. من «أحكام الشفعة» (٢٣٤ ـ ٢٣٥).

مسألة ٩٩٨

إذا اشترى شقصًا في أرض فيها نخل وشجر مثمر فشرط الثمر فللشفيع أخذ الأرض بالثمرة وإن يبست وجذت[(١)]، وقال الشافعي: يأخذ الشقص دون الثمرة[(٢)].

فدليلنا أنها ثابتة في أصل البيع غير مزايلة له من غير فعل آدمي قد ضمتها الشفعة؛ فوجب أن يجري فيها حكم الشفعة كالشجرة.

مسألة ٩٩٩.

الشركاء الأقرباء في السهم أحق من الشركاء الأجانب[(٣)]، وقال أبو حنيفة: كلهم سواء[(٤)]، وهو أحد قولي الشافعي[(٥)].

---

(١) «المدونة» (٤/ ٢٢١)، «التفريع» (٢/ ٣٠٢)، الكافي (٣/ ٧٥) «المقدمات الممهدات» (٣/ ٧٥)، «المعونة» (٢/ ١٢٧٩)، «فصول الأحكام» (١٩٨ ـ ١٩٩)، «معين الحكام» (٢/ ٥٨٦ ـ ٥٨٧)، «البهجة شرح التحفة» (٢/ ١١٠)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٨٢).
وهذا مذهب الحنفية.
انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٤٩)، «المبسوط» (١٣/ ١٣٣ ـ ١٣٤)، «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٢٣٤).

(٢) «مختصر المزني» (١٢٠)، «المهذب» (١/ ٣٧٧)، «حلية العلماء» (٥/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥)، «روضة الطالبين» (٥/ ٦٩).

(٣) «المدونة» (٤/ ٢٠٦)، «التفريع» (٢/ ٢٩٩)، «الكافي» (٤٣٩)، «المعونة» (٢/ ١٢٧١)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٨)، «المنتقى» (٦/ ٢١٠)، «منح الجليل» (٣/ ٦٠٢)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٨٧)، «معين الحكام» (٢/ ٥٧٢، ٥٨٤).

(٤) «مختصرالطحاوي» (١٢١)، «المبسوط» (١٤/ ١٢٢)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٧٢٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٤٥ / رقم ١٩٥٩) ـ وفيه: قال أصحابنا: إذا ورث جماعة دارًا بينهم ثم مات بعضهم وترك ورثة فباع بعضهم نصيبه فالشركاء في الدار أسوه في الشفعة، وهو قول الشافعي ـ، «الفتاوي الهندية» (٥/ ١٧٨)، «حاشية ابن عابدين» (٥/ ١٥٢).

(٥) «الإقناع» (١١٧)، «تكملة المجموع» (١٣/ ٣٨٠)، «حاشية البجيرمي» (٣/ ١٤٣).
وهذا قول الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥/ ٣٦٥)، «المقنع» (٢/ ٢٦٤)، «الإنصاف» (٦/ ٢٧٧).

فدليلنا قوله ﷺ: «الشفعة في كل مشترك»[١]، وهٰذا يفيد أنواع الشركة، ولأنه نوع من الشركة فوجب أن يتعلق به استحقاق الشفعة؛ كالاشتراك في الشراء.

مسألة ١٠٠٠

الشفعة موروثة[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣]؛ لقوله ﷺ: «من ترك مالاً أو حقّاً؛

---

(١) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ١٢٠) من حديث جابر.
وهو صحيح، ولفظ مسلم في «صحيحه» (١٠٦٤): «في كل شرك»، وخرجته بتفصيل في تعليقي على «إعلام الموقعين»، يسر الله نشره بخيرٍ وعافية. وانظر غير مأمور: «إتحاف المهرة» (٣ / ٤٦٧).

(٢) «المدونة» (٤ / ٢١٦)، «الموطأ» (٢ / ٧١٥)، «الكافي» (٤٤٠)، «المقدمات الممهدات» (٣ / ٦٨)، «المعونة» (٢ / ١٢٧٩) ـ وفيه: خيار الشفعة موروث ـ، «بداية المجتهد» (٢ / ١٩٨)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤٩٦).
وهٰذا مذهب الشافعية وأهل الحجاز، وهو قول عند الحنابلة.
انظر: «المهذب» (٢ / ٢٨٣)، «مغني المحتاج» (٣ / ٤)، «حاشية البجيرمي» (٣ / ٢٥٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٠٠، ٣٠١)، «المغني» (٥ / ٣٧٥).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٢٣)، «المبسوط» (١٤ / ١١٦)، «اللباب» (٢ / ١١٣)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٥٧ ـ ٢٥٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤٨ ـ ٢٤٩ / رقم ١٩٦٦) ـ وفيه: «قال أصحابنا: إذا مات الشفيع بطلت الشفعة، وهو قول الثوري وعبيدالله بن الحسن. وقال مالك والحسن بن حي والشافعي: تورث. وقال أبو جعفر: الشفعة رأي في الآخذ؛ فلا تورث كما لا تدخل في الوصية. قال أبو بكر: وأيضاً أنها حق يملك به كخيار القبول» ـ، «فتح القدير» (٧ / ٤٤٦)، «إعلاء السنن» (١٧ / ٣١).
قلت: وذهب الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والسفيانان وإسحاق إلى القول بسقوط حق الشفعة بموت الشفيع.
انظر: «المحلى» (٩ / ٩٦)، «المغني» (٥ / ٣٧٥)، «الحقوق المتعلقة بالتركة»(٣٦) لأحمد محمد علي داود.
وهو نقل أبي طالب عن أحمد. انظر: «الإنصاف» (٦ / ٢٩٨).
والصحيح من المذهب عند الحنابلة: أن حق الشفعة لا يورث إذا مات الشفيع قبل المطالبة به، أما إذا طالب الشفيع بحقه فيها قبل موته فثبت ذٰلك الحق لورثته وإليه ذهب الظاهرية.
انظر: «الإنصاف» (٦ / ٢٩٧)، «المبدع» (٥ / ٢٢٢)، «كشاف القناع» (٢ / ٥٢١)، «تقرير القواعد» (٣ / ٧٨، ٨٠ ـ بتحقيقي) لابن رجب، «المحلى» (٩ / ٩٦).

فلورثته»[١]، ولأنه خيار ثبت لدفع الضرر عن ماله؛ فجاز أن يقوم الوارث مقامه؛ كخيار الرد بالعيب، ولأنه حق مستفاد بالملك؛ فجاز أن يورث كثمار الشجرة ونتاج الماشية[٢].

مسألة ١٠٠١

إذا بنى المشتري في دار أو غرس ثم أراد الشفيع الأخذ بالشفعة؛ فإنه يأخذ الشقص بقيمة البناء والغرس، وليس له إجبار المشتري على قلع البناء والغرس[٣]، وقال أبو حنيفة: له ذٰلك[٤].

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الكفالة، باب الدين، رقم ٢٢٩٨)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته، رقم ١٦١٩).

(٢) المتتبع للمسألة يرى أن الأصل فيها مسألة إرث الحقوق: هل تورث عن الميت كالأموال أم لا تورث؟ فالحنفية ومن معهم يرون عدم ميراث الحقوق إلا ما قام الدليل على إلحاقه بالأموال، وأما المالكية والشافعية؛ فيرون ميراث الحقوق قياساً على الأموال إلا ما قام الدليل على عدم إلحاقه بالأموال. وتظهر ثمرة الخلاف فيمن مات وله شرط الخيار أو حق الشفعة، فمن قال: إنه حق متعلق بالمال قال بميراثه عن الميت، ومن قال: إنه حق يتعلق بشخص الميت قال: لا يورث ويسقط بموت من يثبت له.

وبالنظر إلى مشروعية حق الشفعة نجد أنها شرعت لدفع الضرر عن الشفيع، والوارث قائم مقام المورث في ماله؛ فهو محتاج إلى دفع الضرر الحادث على ماله، وإذا كان العلماء قد اتفقوا على ميراث خيار الرد بالعيب لأنه أحدث نقصاً في المبيع؛ فإن الضرر الداخل على الشريك بسبب المشتري الجديد نوع من العيب تنقص به قيمة العين، لذا؛ فإن رأي القائلين بميراث حق الشفعة مطلقاً هو الذي يترجح في نظري في ميراث حق الشفعة، والله أعلم. من «أحكام الشفعة» (١٣٠).

(٣) «المدونة» (٤ / ٢١٢، ٢٣٦)، «الكافي» (٤٤٢ ـ ٤٤٣)، «المقدمات الممهدات» (٣ / ٧١)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٨)، «المنتقى» (٦ / ٢٠٣)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٢٦، ٣٣١)، «منح الجليل» (٣ / ٦١٣)، «حاشية الرهوني» (٦ / ٢٩٩)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨٦ ـ ٥٨٧، ٥٩٤، ٥٩٦).

وهٰذا قول أبي يوسف.

انظر: «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٧٣٩). وعزاه في «الشرح الكبير» (٥ / ٥١٣ ـ بهامش «المغني») إلى الشعبي والأوزاعي وابن أبي ليلى والليث والبتي وسوار وإسحاق.

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٢٣ ـ ١٢٤)، «المبسوط» (١٤ / ١١٣ ـ ١١٤)، «فتح القدير» (٧ / ٤٣١)، =

فدليلنا قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[(١)]، فكأن له حرمة وحق، ولأنه بنى مباحاً في ملك صحيح فلم يستحق عليه قلعه وإتلافه، كالذي لا يستحق عليه شفعة واعتباراً بالزرع[(٢)].

= «اللباب» (٢ / ١١٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤٧ / رقم ١٩٦٣) ـ وفيه: «وقال ابن أبي ليلى: إن شاء الشفيع أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء ترك، لا شيء له غير ذٰلك، وهو قول مالك والأوزاعي. وقال مالك: والزرع للزارع. وقول الحسن بن حي والليث وعبيدالله بن الحسن والشافعي كقول ابن أبي ليلى» ـ، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٧٣٩)، «درر الحكام» (٢ / ٧٣٧)، «إعلاء السنن» (١٧ / ٢٥ ـ ٢٧).

وانظر مذهب الشافعية في: «المهذب» (١ / ٣٨٢)، «روضة الطالبين» (٥ / ٩٤ ـ ٩٦)، «تكملة المجموع» (١٣ / ٣٩٢)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٠٩)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٠٢ ـ ٣٠٣).

وانظر مذهب الحنابلة في: «المغني» (٥ / ٣٣٥، ٣٤٤)، «الشرح الكبير» (٥ / ٣٤٤)، «الإنصاف» (٦ / ٢٨٥، ٢٩١)، «الإنصاف» (٢ / ٣٨).

وانظر مذهب الظاهرية في: «المحلى» (٩ / ٩٢).

(١) سيأتي تخريجه في التعليق على مسألة (١٠٨٥).

(٢) لا يخلو تأخر الشفيع عن الأخذ بالشفعة وقت البيع من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الشفيع غائباً أو صغيراً أو هو في حكم الصغير، فإذا حضر الغائب ورشد الصغير؛ فلهما المطالبة بالشفعة والمدة ما بين البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة مدة طويلة يغلب فيها قيام المشتري بالتصرف في العين.

الحالة الثانية: أن يعمل المشتري ما يعد حيلة وخداعاً لإبعاد الشفيع من الأخذ بالشفعة كأن يظهر المشتري للشفيع أنه أخذ العين هبة أو يظهر له أنه أخذها بثمن فيه الزيادة على قيمتها أو يظهر أنه يعمل وكيلاً عن البائع وتمر مدة من الزمن على الشفيع دون أن يطالب بالشفعة ظناً منه أن ما أظهره المشتري صحيح ثم ينكشف ما يخالف ذٰلك؛ ففي هٰذه الحالة يعد المشتري متحيلاً لإسقاط شفعة الشفيع.

ففي الحالة الأولى لا يعد المشتري متعدياً ولا متحيلاً على الشفيع بما يتهم معه بسوء النية، فإذا ما تصرف المشتري في المبيع ببناء أو غرس؛ فإنما يتصرف في ملكه الذي ملكه بعقد صحيح نافذ، وليس من شيء يقيد حريته في التصرف بالعين؛ ففي هٰذه الحالة يلزم الشفيع تقدير هٰذه الزيادة بما يقابلها من القيمة، وما ذكره الحنفية من أن للشفيع حق الاستحقاق؛ فيجاب عنه بأن له حق استحقاق المطالبة بالشفعة وليس حق تملك المشفوع فيه، ولذٰلك تسقط الشفعة بتأخيره المطالبة بها، فإذا كان للمشتري حق التملك؛ فإن حق الشفيع في المطالبة بالشفعة لا ينقص من حق =

مسألة ١٠٠٢

اختلف قول مالك في الحمام وغيره مما لا يقسم إلا بإفساده عما هو عليه؛ فقال: فيه الشفعة. وقال: لا شفعة فيه[١]. وكذٰلك الأرحبة والطريق وغيرهما[٢]، وعند أبي حنيفة: إن فيه الشفعة[٣]، وعند الشافعي: لا شفعة

= المشتري في تملك العين، وإذا ما أخر الشفيع المطالبة بعذر مشروع لا يسقط الشفعة؛ فإنما تم ذٰلك من جهته لا من جهة المشتري، فإذا حضر الشفيع؛ فالمشتري بالخيار بين قلع ما أحدثه في العين وأخذ قيمته، فإن اختار القيمة لزم الشفيع دفعها.

أما في الحالة الثانية؛ فإن المشتري يعد متعدياً على العين وذٰلك باستعماله الحيل لإسقاط حق الشفيع في الشفعة، فهو في هٰذه الحالة غير تام التملك على العين وتصرفاته فيها محكومة بتملكه لها وتملكه غير تام لسوء نيته، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذ البناء أو الغرس بقيمته مقلوعاً، وإن شاء أمره بقطعه، هٰذا ما أراه راجحاً في المسألة، والله أعلم. «من أحكام الشفعة» (ص ٢١٨ ـ ٢١٩).

(١) «المدونة» (٤ / ٢٢٤)، «الكافي» (٤٣٦)، «المعونة» (٢ / ١٢٨١)، «التلقين» (٢ / ٤٥٦)، «فصول الأحكام» (١٩٩ ـ ٢٠٠)، «الكافي» (٢ / ٨٥٢، ٨٥٣)، «الذخيرة» (٧ / ٢٨٨ ـ ٢٨٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٥٨)، «أسهل المدارك» (٣ / ٣٧)، «بلغة السالك» (٢ / ٢٢٨)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣١٣، ٣٢٠)، «شرح العمليات» للفلالي (٢٨٩)، «حاشية الرهوني» (٦ / ٢٥٦، ٢٥٧)، «الأحكام» (٧١، ١٦٦، ١٧٠) للمالقي.

قال ابن الرامي البناء في «الإعلان بأحكام البنيان» (٢ / ٦٩٩): «ونقل القاضي عبدالوهاب عن مالك قولين في الحمام وفي العقار الذي لا ينقسم فقال: لا شفعة في ذٰلك، وقال: فيه الشفعة».

ثم قال: «فوجه المنع قوله عليه السلام: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود؛ فلا شفعة فيه» على اعتبار المقسوم، ولأنَّ كل مبيع لا ينقسم لا تدخله الشفعة، كالثوب والعبد، ووجه إثباتها: فلأنهما مما يقع فيها الحدود، ويجب فيهما القسم؛ لقوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧]، فذٰلك مبني على وجود القسمة؛ لأن الشفعة تبع للقسمة في الإثبات والمنع».

وقال ابن عبدالرفيع في «معين الحكام» (٢ / ٥٦٩) في المنع: «وهو قول ابن القسام، وبه القضاء»، وذكر أنها رواية ابن المعذَّل عن ابن الماجشون عن مالك. وانظر: (٢ / ٥٧٠).

وعدم الشفعة هو مذهب الظاهرية.

انظر: «المحلى» (٩ / ٨٢).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٧ / ١٤٣)، «الإعلان بأحكام البنيان» (٢ / ٦٩٩ ـ ٣٠٠)، «المنتقى» (٦ / ٢٠١)، «معين الحكام» (٢ / ٥٧٠، ٥٧٤).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٢٠)، «المبسوط» (١٤ / ٩٨)، «فتح القدير» (٧ / ٤٠٧)، «بدائع الصنائع»=

فيه[1].

ودليلنا أنه لا شفعة فيه: أن كل ما لا يقسم لضرر؛ فلا شفعة فيه؛ كالعروض، ووجه إثبات الشفعة أنها مستحقة من أجل الضرر وسوء المشاركة فيما لا يدخل الانقسام في جنسه وتأبد الضرر فيه كالذي يدخله القسمة[2].

مسألة ١٠٠٣

الشفعة في البئر والفحل إذا كان الأصل لم يقسم[3]، خلافاً

= (٦ / ٢٧٠٠)، «الاختيار» (٢ / ٤٢)، «رد المحتار» (٦ / ٢٣٦)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٥٢)، «درر الحكام» (٣ / ١٣٦).

وهٰذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

انظر: «مجموع الفتاوى» (٣٠ / ٣٨١ـ٣٨٣)، «الجامع للاختيارات الفقهية» (٣ / ١١٥٦)، «إعلام الموقعين» (٢ / ١١٤).

(١) «المهذب» (١ / ٤٩٥)، «المجموع» (١٥ / ٧٨)، «روضة الطالبين» (٥ / ٦٩ ـ ٧١)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٩٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٦٨، ٢٧٠)، «نهاية المحتاج» (٥ / ١٩٦، ١٩٧)، «الوسيط» (٤ / ٦٩ ـ ٧٠)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٥٩).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٧ / ٤٤١)، «الإنصاف» (٦ / ٢٥٦)، «الفروع» (٤ / ٥٢٩)، «المبدع» (٥ / ٢٠٧)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٣٦)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٦٠)، «كشاف القناع» (٤ / ١٣٩).

(٢) لعل القول بأن الحديث يعم كل ما تجب فيه الشفعة سواء ما يقبل القسمة وما لا يقبلها لعدم الاستثناء هو الذي تميل إليه النفس وتختاره؛ فإن الضرر بسبب المشاركة فيما لا يقبل القسمة أبلغ من الضرر فيما يقبلها، فإذا كان الشارع قصد من مشروعية الشفعة رفع الضرر الأدنى؛ فإن رفعه عن الأعلى أولى بذٰلك، ثم إن مشروعية الشفعة لا تنحصر على رفع ضرر مؤونة القسمة دون غيرها، بل تتعداها إلى رفع أضرار أخرى تنجم من جراء المشاركة؛ فالقول بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم هو الذي يحقق رفع هٰذه المضار جميعها بما فيها مضرة مؤونة الاقتسام، وقصر مشروعية الشفعة على ضرر مؤونة القسمة فقط دعوى بلا دليل ثابت في الموضوع، وقد أيد هٰذا الرأي الشيخ علي الخفيف، وقال في معرض ترجيحه له: «إن الشفعة إذا ثبتت فيما يقبل القسمة خشية الضيق في المرافق بعد القسمة؛ فثبوتها فيما لا يقبل القسمة أحق لأن الشأن فيه عادة أن تكون مرافقة ضيقة لا تقسم لصالح جميع الشركاء دفعة واحدة»، والله أعلم.

وانظر: «أحكام الشفعة» (٢٠٩).

(٣) «المدونة» (٤ / ٢٠٧)، «المعونة» (٢ / ١٢٦٩)، «التفريع» (٢ / ٢٩٩)، «الكافي» (٤٣٧)، =

للشافعي[١]؛ لقوله ﷺ: «الشفعة في كل مشترك»[٢]؛ فعم، ولأنه تابع لأصل لم يقسم يجب في الأصل الشفعة، ويتعدى ضرر الشركة فيه إلى الضرر في الأصل؛ فوجب أن تجب فيه الشفعة ببقاء الأصل.

مسألة ١٠٠٤

للشفيع ترك الشفعة بعوض يبذل له عليها[٣]، خلافاً للشافعي[٤]؛ لأنه عوض

= «الذخيرة» (٧ / ٢٨٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٦)، «معين الحكام» (٢ / ٥٧١)، «الأحكام» (١٦٩) للمالقي.

(١) «الأم» (٤ / ٤)، «السنن الكبرى» للبيهقي (٦ / ١٠٥)، «روضة الطالبين» (٥ / ٦٩ ـ ٧١)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٩٧)، «نهاية المحتاج» (٥ / ١٩٦، ١٩٧)، «الوسيط» (٤ / ٦٩ ـ ٧٠)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٦٠)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٣٥ / رقم ١٤٢).

(٢) مضى تخريجه مسألة (رقم ٩٩٩).

(٣) «جامع الأمهات» (ص ٤١٨)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨٣)، «فتاوى ابن رشد» (١ / ١٩٩)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٤٧٧)، «حاشية العدوي» (٣ / ٥١٢)، «الخرشي» (٧ / ١٠٢) (وفيها خلاف ما نقله المصنف؛ إذ يذكرون أن المذهب المنع).

والجواز مقتضى كلام ابن تيمية. انظر: «الاختيارات الفقهية» (ص ٢٤٩).

(٤) قال الغزالي في «الوسيط» (٤ / ١٠١): «لا يجوز أخذ العوض عن حق الشفعة، ولا عن حق حد القذف ولا عن مقاعد الأسواق.

وقال أبو إسحاق المروزي: أنا أخالف الأصحاب في هٰذه المسائل الثلاث.

والمقصود أنه لو صالح الشفيع بطلت شفعته ولم يثبت العوض إن كان عالماً بالبطلان، فإن ظن الصحة؛ فوجهان، والأولى أن لا يبطل».

وانظر: «روضة الطالبين» (٥ / ١١١)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٨٦)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٦٧)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٣٣٦).

وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «بدائع الصنائع» (٥ / ٢١)، «أحكام القرآن» (٣ / ٢٧٠) للجصاص، «الأشباه والنظائر» (٢١٢) لابن نجيم، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٥١٨)، «تكملة فتح الملهم شرح صحيح مسلم» (١ / ٣٦١ ـ ٣٦٢).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «قواعد ابن رجب» (٢ / ٢٩٠، ق ٨٧ ـ بتحقيقي)، «منتهى الإرادات» (١ / ٤٢٢)، «كشاف القناع» (٣ / ٤٦٤).

على إزالة ملك في تمليك، فجاز له أخذه كأخذ العوض على تمليك زوجته أمرها والخلع به[١].

مسألة ١٠٠٥

إذا كان ثلاثة شركاء في عقار باع اثنان منهم حصصهما من رجل واحد صفقة واحدة ثم طالب الشريك الثالث بالشفعة لم يكن له تبعيض الصفقة على المشتري، فإما أخذ الكل أو ترك[٢]، وقال الشافعي: له أن يأخذ حصة أحد البائعين[٣].

فدليلنا أنها صفقة جمعت ما يستحق الشفيع أخذه بالشفعة في الكل؛ فلم يكن له تفريق الصفقة، أصله إذا كان البائع واحداً.

مسألة ١٠٠٦

إذا أقر البائع ببيع الشقص وأنكر المشتري الشراء لم يكن للشريك المطالبة بالشفعة إلا بعد أن يثبت الشراء[٤]، خلافاً لأبي حنيفة[٥] وبعض أصحاب

---

(١) حق الشفعة ثبت فعلاً لدفع الضرر عن الشفيع ليس إلا، فتنازله عن حقه مقابل عوض يستدل منه أنه لا ضرر عليه من جراء ذلك.

انظر: «ضمان المنافع» (ص ٣٢٠ ـ ٣٢٧).

(٢) «المدونة» (٤ / ٢١٠ ـ ٢١١)، «الكافي» (٤٤٤)، «المعونة» (٢ / ١٢٧٣)، «فصول الأحكام» (٢٠١)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٨)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨٣، ٥٨٥، ٥٨٦) ـ وفيه: «هذا المعروف من المذهب» ـ.

(٣) «مختصر المزني» (١٢١)، «المهذب» (١ / ٣٨٨)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٧٢ ـ ٧٣)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٠٠ ـ ٣٠١).

وقال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٤٦ / رقم ١٩٦١):

«قال أصحابنا [أي الحنفية]: للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم دون الآخرين، ولو كان البائع اثنين والمشتري واحداً لم يكن له أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر.

وقال مالك: ليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر في المسألتين جميعاً».

(٤) «جامع الأمهات» (ص ٤١٩)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٩٦)، «الذخيرة» (٧ / ٣٦٧).

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٥١ ـ ٢٥٢).

الشافعي[١]، لأن المشتري أصل للشفيع، وعنه يملك الشقص وعهدته عليه، فإذا لم يثبت شراؤه لم يستحق الشفعة.

مسألة ١٠٠٧

إذا كان ثلاثة شركاء فاشترى أحدهم من الآخر حصته ثم طالب الثالث الذي لم يبع بالشفعة كان الشقص بينه وبين الشريك المشتري على قدر أملاكهما[٢]، وقال بعض الشافعية[٣]: جميعه للشريك الثالث ولا يكون للشريك المشتري شيء أصلاً[٤].

فدليلنا قوله ﷺ: «الشفعة في كل مشترك»[٥]، وقوله: «الشريك شفيع»[٦]، ولأنه شقص وجب فيه الشفعة فوجب أن تستحق لجميع الشركاء الذين لم يبيعوا، أصله إذا كان المشتري أجنبياً، ولأنه شريك في الشقص المبيع؛ فوجب أن يستحق الشفعة فيما باعه شريكه والشريك الذي لم يشتر، ولأن المعنى الذي به استحق الشريك الذي لم يبع الشفعة شركته في الملك والشريك المشتري مساوٍ له فيه؛ فوجب أن يساويه في الاستحقاق.

مسألة ١٠٠٨

إذا حط البائع عن المبتاع بعض الثمن بعد لزوم العقد نظر، فإن كان يسيراً يشبه أن يكون الباقي ثمناً للشقص حط عن الشفيع، وإن كان شيئاً كثيراً لا يبتاع بمثله

---

(١) «حلية العلماء» (٥ / ٢٨٠ ـ ٢٨٢).

(٢) «فصول الأحكام» (٢٠١)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨٤، ٥٨٥)، «شرح حدود ابن عرفة» (٣٧٣)، «لباب اللباب» (١٨٤).

(٣) هو أبو العباس بن سريج، أفاده الشاشي القفال.

(٤) «المهذب» (١ / ٣٨٨)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٩٥ ـ ٢٩٦، ٢٩٩) ـ وفيه أن المذهب أخذ النصف ـ.

(٥) مضى تخريجه مسألة (رقم ٩٩٩).

(٦) مضى تخريجه مسألة (٩٩٢).

كان ذٰلك هبة للمشتري ولا يحط عن الشفيع[١]، وقال أبو حنيفة: يحط كله[٢]، وقال الشافعي: لا يحط في الموضعين جميعاً[٣].

فدليلنا على أنه يحط ما يشبه أن الذي يلزم الشفيع القدر الذي بذل المشتري في المعاوضة عن الشقص دون ما زاد عليه والذي بذل هو ما بقي بعد الحط، فوجب أن يكون ذٰلك هو الذي يلزم الشفيع ولا يدخل عليه الحط الكثير الخارج عن العادة؛ لأن لذٰلك وجهاً حمل عليه، وهو الهبة دون قصده المشاحة في البيع، ولأن ذٰلك كأنه فسخ للعقد الأول بالعوض الثاني، ودليلنا على أن الحط الكثير لا يجب حطه عن الشفيع أنه هبة؛ فلم يسقط بها عن الشفيع فألزمه كما لو وهب له الثمن كله بلفظ الهبة ولا يشبه اليسير؛ لأن الباقي لا يخرج على أن يكون ثمناً فيحمل الحط على أنه فسخ للعقد وبيع مستأنف[٤].

---

(١) «المدونة» (٤ / ٢١٢)، «الكافي» (٤٤٢)، «المعونة» (٢ / ١٢٨٢ ـ ١٢٨٣)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٣١)، «حاشية الرهوني» (٦ / ٣٠١، ٣٠٢)، «معين الحكام» (٢ / ٥٧٩، ٥٩٣).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٢٣)، «اللباب» (٢ / ١١٣ ـ ١١٤)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٧٣٤)، «حاشية ابن عابدين» (٧ / ١٤٦)، «درر الحكام» (٢ / ٧٢٧).

(٣) «مختصر المزني» (١٢٠ ـ ١٢١)، «المهذب» (١ / ٣٨٥)، «روضة الطالبين» (٥ / ٩٠).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المبدع» (٥ / ٢٢٤)، «المغني» (٥ / ٣٤٩)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٤٦).

(٤) من المعروف بين الناس أن الحط من الثمن بعد تمام العقد ونفاذه لا يتم إلا لمعنى معتبر بين العاقدين، والمحطوط مما تجري به العادة بين الناس، وهٰذا المعنى إما أن يكون لصلة بينهما أو لتقدير مواقف حميدة سابقة جرت بينهما، أو تقديراً لحالة المشتري المادية أو لأن المشتري أظهر غبناً في العقد، وهو لا يقوى على تحملة فيراعي البائع ذٰلك عنده، وهٰذه الاعتبارات المحتملة غير موجودة في حق الشفيع؛ فهو إنما حل محل المشتري في العقد ومسماه دون أن يكون له حق فيما يجري بين البائع والمشتري من الإجراءات الشخصية التي تعد خارجة عن نطاق العقد كما لو اتفق البائع والمشتري على الزيادة في الثمن بعد تمام العقد ونفاذه، فإن ذٰلك الإجراء يعد إجراءً خارجياً لا علاقة للعقد به، أما إن كان مقدار المحطوط من الثمن مما لا تجري به العادة بين الناس وما تبقى من الثمن يعد شبيهاً بثمن مثله؛ فإنه يحط عن الشفيع لاحتمال الحيلة بين البائع والمشتري. من «أحكام الشفعة» (ص ٢٨٧).

مسألة ١٠٠٩

الشقص المبيع بالخيار لا تجب الشفعة فيه إلا بانبرام البيع، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري[١]، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعي[٣]: إن كان الخيار للبائع؛ فلا شفعة، وإن كان للمشتري لزمت الشفعة.

فدليلنا أنه عقد موقوف على الخيار، أصله إذا كان للبائع، ولأن العقد لا يتم ما دام الخيار باقياً والشفعة إنما تجب بعد تمام البيع، ولأن أحكام العقد المتضمن للخيار لا تختلف بكونه للبائع أو المشتري، بدليل أنه لا يستحق فيه النقد ولا يمكن التصرف في أحدهما بغير الاختيار، وكذلك الشفعة[٤].

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧١٤، ٧١٧)، «الكافي» (٤٣٩)، «المعونة» (٢ / ١٢٨٠)، «فصول الأحكام» (٢٠١)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٨)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٤٧٥)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨٨، ٥٩١).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٢٣)، «اللباب» (٢ / ١١٤)، «المبسوط» (١٤ / ١٤٢)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٧٠١).

(٣) «مختصر المزني» (١٢٠)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٦٦ ـ ٧١)، «المهذب» (١ / ٣٧٨، ٣٨٥)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٩٩)، «روضة الطالبين» (٥ / ٧٤)، «حلية العلماء» (٥ / ٢٧٣ ـ ٢٧٤، ٢٧٦ ـ ٢٧٧) ـ وفيه عن قول المزني: «أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن أصح» ـ.

(٤) نشأ الخلاف في المسألة بناء على الخلاف في مسألة زوال ملك البائع من المبيع زمن الخيار للمشتري، فمن قال بزوال ملك البائع أوجب الشفعة في المبيع، ومن قال بعدم زواله عن ملك البائع قال: لا تثبت فيه الشفعة.

وإذا ما قلنا بأن المبيع يزول من مالكه بموافقته على البيع وبإيجابه له؛ فإن ثبوت الشفعة يتم بذلك وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع من البائع ولا يمنع المشتري من التصرف فيه، وإنما هو إعطاء المشتري حق في الرجوع في المبيع، وإذا قلنا إن البيع هو السبب المؤثر في الشفعة وجوداً وعدماً؛ فإنه أي البيع قد وجد من البائع، وعليه؛ فلا مجال للقول بعدم ثبوت الشفعة، وبناءً عليه؛ فإن الذي يترجح في نظري هو القول بثبوت حق الشفعة زمن خيار المشتري، والقول بأن الضرر يلحق المشتري من ذلك غير صحيح، فإن ما دفعه المشتري إلى البائع يعود إليه من الشفيع، والله أعلم. من «أحكام الشفعة» (٢٧٢).

مسألة ١٠١٠

إذا اشترى شقصاً فانهدمت الدار بسيل أو حريق أو بأمر من الله تعالى أو هدم هو ثم جاء الشفيع؛ فله أن يأخذها على ما هي عليه بجميع الثمن لا ينقص منه شيء إلا أن يكون المبتاع باع شيئاً من خشبها أو نقضها فيقاص به[1]، وقال أبو حنيفة: إن انهدمت بأمر من الله تعالى أخذها بجميع الثمن وإن هدمها هو ضمن[2]. وللشافعي قولان[3].

فدليلنا أن المشتري تصرف بنفسه في ملكه والشفيع يأخذ منه على وجه الشراء

---

(١) «المدونة» (٤ / ٢١٣)، «جامع الأمهات» (ص ٤١٨)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٣١)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٣٩٤)، «معين الحكام» (٢ / ٥٨٧، ٥٩١، ٥٩٣ ـ ٥٩٤).

(٢) «المبسوط» (١٤ / ١١١).
وقال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٥١ / رقم ١٩٧٢): «قال أصحابنا: إذا انهدمت أو احترقت الثمرة من غير فعله أخذ الشفيع بجميع الثمن، وإن كان من فعله أخذها لحصتها من الثمن.
وقال مالك: يأخذها الشفيع بجميع الثمن، وإن هدم المشتري.
وأما الثمرة: فإن كانت مشتراة مع النخل فأكلها المشتري سقط عن الشفيع حصتها.
وقول الحسن بن حي والثوري مثل قول أصحابنا».
ويفرق الحنفية بين ما يدخل في العقد دون شرط من المشتري وما لا يدخل فيه إلا شرط، فما يدخل في العقد دون شرط؛ كالبناء والشجر، إذا زال بآفة سماوية؛ فلا يسقط من الثمن شيء ولزم الشفيع أن يأخذ بكل الثمن أو يترك للمشتري.
انظر: «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٧٣٦).

(٣) الجديد في مذهبهم إلزام الشفيع بأخذ ما تبقى من العين بكل الثمن أو الترك في يد المشتري.
انظر: «مختصر المزني» (١٢٠)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٥٢)، «المهذب» (١ / ٣٧٨)، «روضة الطالبين» (٥ / ٨٩).
وهٰذا اختيار أبي عبدالله بن حامد من الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥ / ٣٤٧).
وذهب جمهور الحنابلة إلى القول بأنه يلزم الشفيع أخذ ما تبقى من العين بقسطه من الثمن، ويسقط ما يساوي التالف منها، وهٰذا هو قول النووي والعنبري.
انظر: «المغني» (٥ / ٤٣٧)، «الإنصاف» (٦ / ٢٨٢).

أو التقديم عليه في الملك؛ فلم يكن له النقصان من الثمن مع بقاء الأعيان المعقود عليها؛ ولأنه لم يختر بقاءها على ملك غيره، واعتباراً بها إذا انهدمت بأمر من قِبَل الله عز وجل[١].

* * * * *

(١) الراجح أنه إذا كان هلاك العين المشفوع فيها جاء بسبب آفة سماوية لم يكن للمشتري في حدوثها إرادة كالحريق بغير سبب منه والجفاف في الأراضي الزراعية والزلزال كفانا الله شره، وما ينتج من جراء الحروب، فإن الشفيع ملزم في هٰذه الحال أن يأخذ ما تبقى من العين بكل الثمن أو الترك في يد المشتري، ولأن الأخذ بثمن ما تبقى يلحق الضرر بالمشتري ويكون قد تحمل تبعة الظروف الطارئة التي لا قدرة له على ردها ولا حول ولا قوة له في حصولها، فكما لو كانت في يد البائع أو في يد الشفيع وما دام الأخذ بالشفعة هو الحلول محل المشتري، فإن الشفيع ملزم في هٰذه الحالة أن يحل محل المشتري في العين على حالها بكامل ثمنها.

أما ما كان هلاكه بسبب فعل المشتري وإرادته كمن هدم الدار ليقيمها وفق البناء الذي يرغب فيه أو ليلحقه بعقاره، أو تم الهلاك بسبب خطأ صادر من جهته؛ فإن الذي أرجحه في هٰذه المسألة وأميل إلى الأخذ به هو أن يكون ذٰلك التصرف الواقع على العين محل نظر، فإن كانت قرائن الحال وظروف التصرفات الحاصلة على العين توحي بسوء نية من المشتري فيما قام بفعله؛ فإن الأولى في ذٰلك أن يعامل بنقيض قصده وخلاف مراده، كمن استعجل في هدم البناء أو قطع الشجر فور شرائه للعين أو بعده ولٰكن دون أن يكون هناك مصلحة ظاهرة تترتب على تصرفه في العين، ففي ذٰلك يأخذ الشفيع ما تبقى من العين بقدره من الثمن ويحط عنه قدر الهلاك.

أما ما كان خلاف ذٰلك كأن تكون العين في وضع لا تتحقق معه المنفعة منها أو يكون المشتري قد بدأ بتصرفات تقتضيها أعمال إصلاح العين وصادف أخذ الشفيع قبل ظهور وجوه الإصلاح عليها؛ فإنه في هٰذه الحال يكون ما قام بفعله المشتري مترتباً على وجه إصلاحها والزيادة فيها؛ فلا محل لاتهامه بسوء نيته في هٰذه الحال، فيلزم الشفيع أن يأخذ العين على حالها بكامل الثمن أو الترك في يد المشتري. من «أحكام الشفعة» (٢٢٤ ـ ٢٢٥).

الجزء الخامس عشر
من
كتاب الإشراف



بسم الله الرحمٰن الرحيم

استعنت بالله

كتاب القراض

مسألة ١٠١١

لا يجوز القراض إلا بالذهب والفضة دون العروض والطعام والحيوان[١]، خلافاً لما يحكى عن ابن أبي ليلى والأوزاعي[٢] من إجازة ذٰلك كله، ودليلنا أن

---

(١) «المدونة» (٤ / ٤٧)، «التفريع» (٢ / ١٩٤)، «الرسالة» (٢٢٠)، «الذخيرة» (٦ / ٣٠ ـ ٣١)، «الكافي» (٣٨٤)، «المعونة» (٢ / ١١٢١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٥٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٣)، «معين الحكام» (٢ / ٥٣٦)، «مواهب الجليل» (٥ / ١٢٣)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٤٢، ٢١٥)، «الخرشي» (٦ / ٢٠٥).

(٢) وعزي أيضاً لطاوس وحماد بن سليمان.

انظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (٣٠)، «المحلى» (٨ / ٢٤٧)، «شرح العيني» (٢ / ١٣٢)، «شرح الزرقاني» (٦ / ٤٣)، «المبسوط» (٢٢ / ٣٣)، «المغني» (٥ / ١٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٣٠)، «شرح فتح القدير» (٥ / ١٤).

وقال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٨ / رقم ١٧٠٢): «قال أصحابنا: لا تجوز المضاربة بمثاقيل الذهب والفضة.

وروى أشهب عن مالك: إنها تجوز بنقر الذهب والفضة؛ لأن الناس قد تقارضوا قبل أن يضرب الذهب والفضة، قال ابن القاسم: سمعت أن مالكاً سَهَّل فيها فقال: لا يجوز بنقر الذهب والفضة، قال: ولا يجوز بالمصنوع.

قال الليث: لا يجوز بالنقر، وقد قال رسول الله ﷺ للذين باعوا في الغنائم أربعة مثاقيل سلبه عيناً=

موضوع القراض أن ينفرد رب المال برأس ماله ويكون حق العامل في الربح مشتركاً هو ورب المال فيه على شرطهما وتجويز القراض بالعروض يؤدي إلى مشاركة العامل لرب المال في رأس ماله، أو أن ينفرد المالك بالربح ويذهب عمل العامل باطلاً؛ لأن رأس المال إذا كان عرضاً لم يخل أن يكون مما له مثل أو لا مثل له، فإن كان مما له مثل كالطعام وغيره؛ فإن العامل يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثله، وقد يعقدان القراض على كر حنطة يساوي وقت العقد عشرة دنانير فيعمل العامل ويربح عشرة أخرى، فإذا أراد المفاصلة جاز أن يغلو ثمنه فيساوي الآن عشرين، فينفرد رب المال برأس المال وبالربح، وجاز أن يرخص فيساوي خمسة دنانير فيشارك العامل رب المال في قطعة من رأس ماله وإن كان مما لا مثل له، فالاعتبار بقيمته، فلا يخلو أن تكون معتبرة وقت العقد أو وقت المفاصلة، ولا يجوز اعتبارها وقت العقد؛ لأنه يؤدي إلى ما ذكرناه، وكذٰلك وقت المفاصلة وإذا أدى إلى هٰذا وجب منعه[1].

= في الغنائم أن يتما وقد كانوا يتبايعون بدنانير على وجه هرقل ودراهم على وجه كسرى، ثم ضرب ذٰلك دراهم إسلامية».
وجوَّزها أحمد في رواية الأثرم، واختاره أبو بكر وأبو الخطاب من الحنابلة، أفاده ابن قدامة.
وانظر: «الإنصاف» (٥ / ٤١٠)، «المقنع» (٢ / ١٦٤).

(١) لا مانع من جعل العروض رأس مال للمضاربة؛ لأنها نوع مال، فكما تجوز بالدراهم والدنانير تجوز بغيرها من الأموال، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس مال لها؛ إذ ليس هناك من فرق بين الثمن وعوضه، وإن حصل؛ فالفرق يسير، وأكثر أسعار العروض أصبحت معروفة لدى منْ يشتغل بأمور التجارة، كما أن الحاجة تدعو للقول بصحَّة ذٰلك؛ إذ قد لا يجد العامل من يضاربه على دراهم أو دنانير، مع حصوله على عروض للتجارة.
فالقول بعدم صحة المضاربة بالعروض فيه تضييق وحرج كبير على الناس، وليس هناك من دليل شرعي يحتم أن تكون النقود أو الذهب والفضة رأس مال للمضاربة دون غيرها، وإنما هو مجرد الرأي والاجتهاد، والقول بجواز ذٰلك لا يترتب عليه أي محظور شرعي، ثم القول بجواز أن يدفع رب المال العرض للعامل على أن يبيعه ويضارب بثمنه من قبل بعض الفقهاء يلتقي عملياً وجعل قيمته رأس مال للمضاربة، ثم الاعتراضات المذكورة عليها أجوبة سديدة. انظرها في: «الشركات» (١ / ١٠٤ ـ ١٠٥ و٢ / ٥٤) للخياط، «الشركات» (٣٦ ـ ٣٧) للخفيف، «عقد المضاربة» (٧٤ ـ ٧٦) للدُّبو؛ ففيها ترجيح الجواز بعد عرض الأدلة والمناقشة.

مسألة ١٠١٢

لا يجوز القراض بالورق المغشوش[١]، خلافاً لما يحكى عن أبي حنيفة أن الغش إذا كان أقل من الفضة جاز[٢]، ودليلنا أنه غش فلم يجز اعتباراً به إذا زاد على الفضة، ولأنها فضة وسلعة كما لو كانا متميزين، ولأن هٰذا مبني على منع التعامل بها، قال القاضي إسماعيل: إن التعامل بها من الفساد في الأرض.

مسألة ١٠١٣

إذا قال: خذ هٰذا العرض فبعه واعمل بثمنه قراضاً أو صرف هٰذه الدنانير أو اقبض من فلان ديني واعمل به قراضاً؛ فلا يجوز ذٰلك، وإن وقع كان فاسداً[٣]،

---

(١) «المدونة» (٣ / ٤٤٤)، «الذخيرة» (٦ / ٣٣) ـ وفيه: «أن يكون خالصاً؛ فإن المغشوش فيه عرض، وقاله (ش)، وقال (ح): إن كان الغش النصف فأقل جاز؛ لأنه يتبع وإلا فلا» ـ، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٧٩٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٣) ـ وفيه: «ويجوز بالمغشوش على الأصح» ـ، «معين الحكام» (٢ / ٥٣٦)، «الخرشي» (٢ / ٢٠٥)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٢١٣)، «كفاية الطالب الرباني» (٢ / ١٨٠).

ونقله ابن الهائم الشافعي في «نزهة النفوس» (ص ٦٦، ٦٧) عن أبي الحسن اللخمي في «التبصرة» والباجي في شرح «المدونة» المسمى بـ «الممهد»، ونقل عبارتيهما.

والحاصل من مذهبهم: إن كانت مغشوشة وكانت سكة يتعامل بها صح القراض عليها، وإلا؛ فلا يصح.

والمنع من المغشوش مذهب الشافعية. انظر: «المهذب» (١ / ٣٨٥)، «تحفة المحتاج» (٢ / ٤١٦ ـ ٤١٧)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢١٩)، «البجيرمي» (٣ / ١٤٦).

(٢) «المبسوط» (٢٢ / ٣٣)، «فتح القدير» (٥ / ١٥)، «بدائع الصنائع» (٥ / ٥٩)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٥٢٥).

(٣) «المدونة» (٤ / ٤٧)، «التفريع» (٢ / ١٩٤)، «الرسالة» (٢٢٠)، «الكافي» (٣٨٤)، «المعونة» (٢ / ١١٢١)، «الذخيرة» (٦ / ٣٠ ـ ٣١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٣)، «معين الحكام» (٢ / ٥٣٦)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٢١٥)، «منح الجليل» (٣ / ٦٦٩)، «الخرشي» (٥ / ٢٠٥، ٢٤٦)، «تنوير الحوالك» (٢ / ١٨٢)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٥١٨).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «أسنى المطالب» (٢ / ٣٨١، ٣٨٣)، «فتح العزيز» (١٠ / ٤١١)، «مغني المحتاج» (٢ / =

خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه جائز ويكون قراضاً[١]؛ لأنه يؤدي إلى أمور ممنوعة:

أحدها: أن يزداد أحدهما على الآخر زيادة على ما شرطا من الربح ويستبد به فيصير كأنه قال له: قارضني على أن الربح بيني وبينك نصفين وعلى أن الزيادة لي[٢] وهي أن تخدمني شهراً أو تخيط لي ثوباً وموضوع القراض على أن لا يحصل لأحدهما نوع من النفع ينفرد به عن الآخر لئلا يخلو المال من ربح فينفرد رب السلعة بتلك المنفعة.

ومنها: أن رب المال يتعجل الفائدة من بيع السلعة وربما خسر العامل؛ فلم يحصل له الربح فيذهب عمله باطلاً واستبد رب المال بالفائدة من بيع السلعة.

ومنها: أنها تصير حصة رب المال مجهولة لأنه[٣] جعلها النصف من الربح وبيع العامل للسلعة، ولا يعلم قيمة أجرته.

ومنها: أنه يؤدي إلى أن يكون رأس المال مجهولاً؛ لأنه لا يدري بكم يبتاع هٰذه السلعة، فإذا أدى إلى ذٰلك وجب منعه[٤].

= ٣١٠)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٢٢)، «حاشية الشرقاوي» (٢ / ١١)، «تكملة المجموع» (١٤ / ١٩٦). وانظر: «المحلى» (٨ / ١٢٢).

(١) «مختصر الطحاوي» (١٠٧ ـ ١٠٨)، «المبسوط» (٢٢ / ٣٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٠)، «شرح العيني» (٢ / ١٣٢)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٥٩، ١٨٢)، «شرح العناية» (٧ / ٥٩)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٥٢٥)، «نتائج الأفكار» (٨ / ٢٨٣).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «الإنصاف» (٥ / ٤٣١)، «منتهى الإرادات» (١ / ٤٦١)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٠٣)، «الشرح الكبير» (٥ / ١٤٠).
وهٰذا مذهب الظاهرية إذا أمره ببيعه بثمن محدود.
انظر: «المحلى» (٥ / ٢٤٧).

(٢) في هامش الأصل والمطبوع: «لعل الأصل: وعلى زيادة لي».

(٣) في الأصل: «فإنه»، وفي (ط): «بأنه».

(٤) انظر بسط المسألة مع ترجيح الجواز في «الشركات» (١ / ١٠٨ وما بعد) للخياط، «عقد المضاربة» (٧٢ ـ ٧٤) للدُّبو، «السلم والمضاربة» (ص ١٨٤ وما بعد و٢١١ وما بعد).

مسألة ١٠١٤

اختلف عن مالك فيما[١] يجب في القراض الفاسد والظاهر أنه قراض المثل، وقيل: أجرة المثل[٢]، ووجه ذلك أن الأصول موضوعة على أنّ شَبَهَ كلٍّ عقد فاسد

---

(١) في الأصل: «ما»، وفي (ط): «عما».

(٢) «المدونة» (٤ / ٤٧)، «التفريع» (٢ / ١٩٦ ـ ١٩٧)، «الكافي» (٣٨٧)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢١٤)، «المعونة» (٢ / ١١٢٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٥)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٦ / ٢١٥)، «مواهب الجليل» (٤ / ٣٤٠)، «الشرح الصغير» (٣ / ٦٩ ـ ٧٠)، «حاشية الرموني» (٥ / ١٢١)، «المعيار المعرب» (٦ / ١٠٦، ١٦٣ ـ ١٦٤)، «تهذيب الفروق» (٤ / ٣٦)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٥١٩)، «لب اللباب» (٢٢٠) ـ وفيه: أن القول بقراض المثل رواه ابن الماجشون وقاله أشهب ـ.

وقال ابن عبدالرفيع في «معين الحكام» (٢ / ٥٤٢): «إذا وقع القراض فاسداً رد في جميعه إلى إجارة المثل في المشهور من المذهب إلا في أربع مسائل:

أحدها: القراض بالعروض.

والثاني: القراض إلى أجل.

والثالث: إبهام الخط.

والرابع: القراض على الضمان».

وانظر: «نزهة النفوس» (ص ٦٦ ـ ٦٧) لابن الهائم الشافعي؛ ففيه نقول عن المالكية في المسألة، وأسهب فيها ـ مع تحقيق وتوجيه لأصل (مسألة كساد الفلوس) ـ ابن بيّة في «توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال» (ص ١٥٧ ـ ١٦٥)، حيث أطال النقولات في هٰذا الموطن عن المالكية.

وأجرة المثل في المضاربة الفاسدة هو مذهب الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية والحنابلة.

انظر: «تحفة الفقهاء» (٣ / ٣٢)، «نتائج الأفكار» (٨ / ٢٧٩، ٤٤٩)، «فتاوى قاضي خان» (٣ / ١٦٢)، «روضة الطالبين» (٥ / ١٣٣)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٣١)، «المغني» (٥ / ١٨٨).

ويرى أبو يوسف والحنابلة في قول أن المضارب يستحق الأقل من أجر المثل والجزء المسمى له في عقد المضاربة إن حصل في المضاربة ربح، وإلا؛ فلا شيء له.

انظر: «تكملة فتح القدير» (٨ / ٤٤٨)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٦٤٦)، «المغني» (٥ / ١٨٩).

(تنبيه): الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل من ثلاثة أوجه:

الأول: أن تقدير (أجرة المثل) مبني على ما قام به المضارب في عمل فعلي للمضاربة، فيقوَّم هٰذا العمل، ويحكم له بأجرة عمله نقداً.

مردود إلى صحيحه؛ كالبيع والإجارة والنكاح وغير ذلك، وكذلك القراض، وليس في الأصول عقد يرد فاسده إلى صحيح غيره أو فاسده، ولأن العامل دخل مثل ما دخل عليه رب المال من رجاء الفضل ونماء المال لا على أن يأخذ أحدهما مما سوى ذلك من مال الآخر، ألا ترى أنه إذا كان في المال خسران لم يؤخذ جبرانه من مال العامل؛ فكذلك ذا لم يكن ربح لا يستحق العامل شيئاً على رب المال مع الفساد؛ لأن جهة الاستحقاق لم تحصل به، ووجه أجرة المثل أن العامل دخل على أن يستحق عوضاً على عمله من الربح لا على أنه متطوع، فإذا لم يسلم له ما شرطه لفساد العقد وجب رد منافعه عليه؛ لأنه لم يحصل له ما شرط له في مقابلتها؛ كالبيع إذا وقع فاسداً لم يستحق الثمن على المشتري؛ إذ له رد المبيع إن كان قائماً وقيمته إن كان قد تلف، ولأن القراض ضرب من الإجارة؛ فله حكمها إلا فيما خص به مما يفارقها، فيجب أن يستحق أجرة المثل في القراض الفاسد كما يستحق أجرة المثل في الإجارة الفاسدة إذا استوفيت المنافع.

مسألة ١٠١٥

إذا قال: قارضتك على أن لك شركاً في الربح أو شركة جاز وكان عليه قراض المثل، وقيل: له النصف[1]. وفرق محمد بن الحسن بين أن يقول: لك شرك أو

= وأما (قراض المثل)؛ فمبنيّ على تقدير النسبة من الربح التي تعطى عادةً لمن يضارب مضاربة صحيحة بمثل رأس مال المضاربة الفاسدة دون النظر إلى ما قام به المضارب من عملٍ فعليٍّ لها.

الثاني: إن المضارب يستحق (أجرة المثل)، سواء أحصل في المضاربة ربح أم لا، بينما لا يستحق (قراض المثل) إلا من الربح.

الثالث: إن (أجرة المثل) تثبت في ذمة رب المال، ويكون المضارب أسوة الغرماء فيه إذا أفلس رب المال، بينما يتعلق (قراض المثل) بعين ربح مال المضاربة، ويقدم المضارب على سائر الغرماء في استيفاء حقه منه.

انظر: «لب اللباب» (٢٢٠)، «تهذيب الفروق» (٤ / ٣٥)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٥١٩، ٥٢٠)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢١٤).

(١) «جامع الأمهات» (ص ٤٢٤)، «معين الحكام» (٢ / ٥٤٤)، «الشرح الصغير» (٢ / ٢٤٥)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٢١٥، ٢١٦)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٦٠).

شركة، فأجازه في قوله: شركة، وقال: يكون له النصف، ومنعه في قوله: شركاً وقال: يكون القراض فاسداً[1]، وما قاله غلط؛ لأن الشرك إذا أطلق يجري لفظه مجرى الشركة كما يقال: لفلان شرك في هٰذه الدار أو شركة.

وقال الشاعر[2]:

وشاركنا قريشاً في علاها ... وفي أحسابها شرك العنان

أراد شركة العنان[3].

مسألة ١٠١٦

إذا تقارضا على أن يكون الربح كله للعامل أو لرب المال جاز وكان قراضاً صحيحاً[4]، وقال أبو حنيفة[5] والشافعي[6]: يكون فاسداً، إلا أن أبا حنيفة يقول: إن شرط الربح للعامل صار المال قرضاً عليه وإن شرط لرب المال صار بضاعة في يد العامل، فيكون الربح لرب المال والأجرة للعامل[7].

فدليلنا على صحة العقد أنه لا يمتنع تضمين العقد للعوض ثم يثبت له حكمه

(١) «فتاوى أنقروي» (٢ / ٢٢٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٣٣).
وفاتت هٰذه المسألة الأسنوي في كتابه «الكوكب الدري في تخريج الفروع الفقهية على المسائل النحوية»، وفيه عشرات أمثالها.

(٢) القائل هو النابغة الجعدي، وفي «ديوانه»: «في تقاها» بدل: «في علاها».

(٣) القراض صحيح، والربح في هٰذه الحالة أصبح معروفاً، إذ المتبادر إلى الفهم من قول رب المال، والربح شركاً المناصفة، والعرف يؤيد ذٰلك. وانظر: «عقد المضاربة» (ص ١١٥ ـ ١١٧).

(٤) «الموطأ» (٢ / ٦٩٠)، «المدونة» (٤ / ٤٨)، «التفريع» (٢ / ١٩٣ ـ ١٩٤)، «المعونة» (٢ / ١١٢٣)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٤)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٢١٩).

(٥) «مختصر الطحاوي» (١٣٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٤ / رقم ١٧١٣)، «المبسوط» (٢٢ / ٢٤)، «شرح العيني» (٢ / ١٣٢ ـ ١٣٣)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٨٦).

(٦) «مختصر المزني» (١٢٣)، «المهذب» (١ / ٣٨٥، ٣٨٦)، «المجموع» (١٤ / ٢٠٠)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٣٢ ـ ٣٣٣)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣١٢)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٢٤).

(٧) «المبسوط» (٢٢ / ٢٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٤ / رقم ١٧١٣).

إذا وقع وإن سقط فيه العوض كالخلع إذا قصد أن يطلقها على وجه الخلع بغير عوض كان له حكم الخلع، وإن لم يكن فيه عوض كذٰلك هٰذا أو ينزل أمره على أنه وهب له قسطه من الربح، ولا يخرج العقد بذٰلك عن موضعه، ودليلنا على أنه لا يكون قرضاً أن رب المال والعامل دخلا على القراض، فشرط رب المال كون الربح كله للعامل هبة منه له حقه من الربح، وذٰلك جائز، أصله لو وهب له بعد العقد، ولأن القراض غير القرض وقد دخل رب المال على أن لا يكون في ذمة العامل وأن يكون في أمانته؛ فلا يجوز أن يكون على خلاف ذٰلك[1].

مسألة ١٠١٧

إذا شرط رب المال على العامل ألا يبيع إلا من فلان ولا يشتري إلا من فلان أو لا يشتري إلا نوعاً مخصوصاً مما لا يعم وجوده كان القراض فاسداً[2]، وقال أبو حنيفة: يصح[3].

---

(١) انظر: «الشركات» (٢/ ٦٥ ـ ٦٦) للخياط، «عقد المضاربة» (١١٩) للدّبو.

(٢) «المدونة» (٤ / ٦٣)، «المعونة» (٢ / ١١٢٥)، «الذخيرة» (٦ / ٩١)، «معين الحكام» (٢ / ٥٤١)، «مواهب الجليل» (٥ / ٤٥٨)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٢١٤، ٢١٦، ٢١٧)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٥٦، ٤٥٨).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «المهذب» (١ / ٣٨٦)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣١١)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٢٢)، «تكملة المجموع» (١٤ / ٢٠٨).

(٣) «الجامع الصغير» (٣٤٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٨ ـ ٣٩ / رقم ١٧٠٤)، «المبسوط» (٢٢ / ٤٢)، «شرح العيني» (٢ / ١٣٣)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٨٤، ١٠٠)، «العناية شرح الهداية» (٧ / ٦٣)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٥٦)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٦٥)، «درر الحكام» (٢ / ٣١٢)، «تكملة رد المحتار» (٨ / ٢٩٣)، «تكملة فتح القدير» (٨ / ٤٩٧)، «فتاوى أنقروي» (٢ / ٢٣١).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «مطالب أولي النهى» (٣/ ٤٢٤)، «المغني» (٥ / ٤٩، ٥٠)، «الكافي» (٢ / ٢٨٠)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٣٥).

ودليلنا أن كل شرط في عقد يؤدي إلى فوات المقصود بالعقد أو تعذره؛ فإنه مبطل له، أصله إذا باعه سلعة على أن لا يتصرف فيها أو لا يبيعها أو تزوج امرأة، وشرط أن لا يطأها، وهٰذه صفة، فتنازعنا فيه في شرط خصوص التصرف من[1] الوجوه التي ذكرناها، فوجب فساد العقد إذا وقع عليها[2].

مسألة ١٠١٨

إذا قارض رجلين على أن يعملا في المال ولرب المال النصف ولأحدهما الثلث وللآخر السدس لم يجز إلا أن يتساويا في الربح[3]، خلافاً لأبي حنيفة[4] والشافعي[5]؛ لما احتج به ابن القاسم من أنهما شريكان في العمل بأيديهما؛ فلا يجوز تفاضلهما في الربح اعتباراً بالشركة المنفردة، ولأنه قد ثبت أن رجلين لو دفعا إلى رجل مالاً قراضاً على أن لأحدهما الثلث وللآخر السدس وللعامل النصف لم يجز، والعلة فيه تفاضلهما في شركة هما متساويان في أصلها، كذٰلك في مسألتنا.

---

(١) في هامش الأصل: «لعل في العبارة تحريفاً، والأصل: وهٰذه الصفة في شرط خصوص التصرف إلى الوجوه»، وفي هامش المطبوع: «تنزع في شرط...».

(٢) رب المال مالك للرقبة فقط، لا ملك التصرف، وهو في حق التصرف كالأجنبي؛ لأن التصرف للعامل، ولا يملك رب المال منعه منه ما دامت المضاربة قائمة، والبقاء تحت يد رب المال يهدد مصلحة الطرفين؛ إذ قد يحتاجه العامل في وقت يكون رب المال فيه غائباً، فتفوت الفرصة التي قد يربح منها الطرفان، فيصيبهما الضرر جميعاً.

ومع هٰذا؛ فإن عيَّن رب المال للعامل نوعاً وكان مبذولاً؛ فلا مانع من تقييده بذٰلك النوع، كتقييده بالمتاجرة بنوع من الحبوب أو بنوع من السلع والبضائع المتيسِّرة في الأسواق، أما إذا كان متاعاً معيناً كهٰذه الدار أو هٰذه الفرس، أو كان نوعاً من التجارة نادر الوجود؛ فلا يجوز له ذٰلك؛ لأنَّ المتاع المعين قد لا يتيسر معه الربح غالباً، والنادر قد لا يجده، وفي هٰذا إخلال بمقصود المضاربة. وانظر: «السلم والمضاربة» (ص ٢٣٧ ـ ٢٤٠).

(٣) «المدونة» (٤ / ٥٨)، «الذخيرة» (٦ / ٤٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٤)، «معين الحكام» (٢ / ٥٤٣).

(٤) «المبسوط» (٢٢ / ٢٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٨ / رقم ١٧٢١)، «شرح العيني» (٢ / ١٣٥)، «تكملة رد المحتار» (٨ / ٢٩٢).

(٥) «مختصر المزني» (١٢٢)، «المهذب» (١ / ٣٩٣)، «الحاوي الكبير» (٩ / ١٠٨ ـ ١٠٩)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٣٦)، «تحفة المحتاج» (٤ / ٤١٧)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٢٠)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٣٨١).

مسألة ١٠١٩

إذا غصب منه دنانير أو دراهم ثم ردها عليه فقال: لست أريد قبضها ولٰكن اعمل بها قراضاً جاز ذٰلك[(١)]، وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يجوز[(٢)].

ودليلنا أن الشيء المغصوب باقٍ على ملك صاحبه وهو في يد الغاصب يتمكن من التصرف فيه فصح أن يقارضه عليه؛ كالوديعة سواء[(٣)].

(فصل): ويزول عنه بذٰلك ضمان الغصب[(٤)]، خلافاً للشافعي في قوله: إنه مضمون عليه إلا أن يدفعه أو يدفع ما يشتري به إلى ربه[(٥)]؛ لأنه ممسك للمال بأمر مالكه، فزال الضمان عنه بالغصب كما لو قال هو: عندك وديعة، ولأن هٰذا مبني على أن يجوز رهن المغصوب فيسقط ضمان الغصب.

مسألة ١٠٢٠

ولا يجوز في القراض المطلق أن يبيع بنسيئة إلا بإذن رب المال[(٦)]، خلافاً

---

(١) «المدونة» (٤ / ٤٧)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٥٩)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٢١٥).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥ / ٥٤)، «مطالب أولي النهى» (٣ / ٥٢٣)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٠٢).
ووقع خلاف بين أئمة الحنفية في المسألة. انظر: «بدائع الصنائع» (٦ / ٨٣).

(٢) «الحاوي الكبير» (٩ / ١٠٦ ـ ١٠٧)، «المهذب» (١ / ٣٨٥)، «فتح العزيز» (١٢ / ٩)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٢٨)، «أسنى المطالب» (٣ / ٣٨١)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣١٠).

(٣) الذي أراه عدم الممانعة من المضاربة بالوديعة، والعين مغصوبة؛ لأن كلاً منها ملك لرب المال، فالوديعة كما لو كانت حاضرة عند صاحبها، وقال للعامل: ضاربتُك على هٰذا المال مثلاً وأشار إليه في الجهة المحفوظة بها، وأما العين المغصوبة؛ فيباح لصاحبها بيعها من الغاصب، وكل من يقدر على أخذها منه فمن هنا أشبهت الوديعة من حيث أن كلاً منهما ملك صاحبيهما. أفاده ابن قدامة.
وانظر: «عقد المضاربة» (ص ٨٦)، «السلم والمضاربة» (ص ٢١٦ ـ ٢١٨).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) «الحاوي الكبير» (٩ / ١٠٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٢٨ ـ ٣١٩).

(٦) «المدونة» (٤ / ٦١)، «الذخيرة» (٦ / ٧٣)، «التفريع» (٢ / ١٩٤)، «الكافي» (٣٨٦)، «المعونة» (٢ / ١١٢٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٦).

لأبي حنيفة[١]؛ لأنه بالنسيئة قد أخرج المال عن يده، وذٰلك خلاف مطلق العقد؛ لأن المالك إنما رضي بتصرفه في المال على أن يكون في يده لا على أن يجعله في ذمة غيره، فإذا خالف ضمن كسائر التعدي[٢].

مسألة ١٠٢١

يجوز في القراض المطلق أن يسافر به ما لم ينه عنه[٣]، وعن أبي حنيفة رواية

= وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٧ / ١٠٨)، «أسنى المطالب» (٣ / ٣٨٥)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٣١).

(١) «المبسوط» (٢٢ / ٣٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤١ / رقم ١٧٠٧) ـ وفيه: «قال أصحابنا: له أن يبيع بنسيئة ما لم ينهه. وقال ابن أبي ليلى ومالك: لا يبيع بنسيئة إلا بإذنه، فإن فعل ضمن. وقال الشافعي: إن باع أو اشترى بدين ضمن إلا أن يأذن له» ـ، «بدائع الصنائع» (٦ / ٨٧) ـ وفيه: أن مذهب أبي يوسف ومحمد كالمالكية ـ، «البحر الرائق» (٧ / ٢٦٤)، «شرح فتح القدير» (٨ / ٤٧٢)، «نتائج الأفكار» (٨ / ٢٨٨).
والجواز رواية في مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥ / ٢٩).

(٢) لا شك أن القول بمنع المضارب من البيع نساء فيه شيء من الحيطة والخوف على مال المضاربة من الضياع، وتشديد على المضارب من أجل الحفاظ على أموال الناس التي وضعوها أمانة بين يديه؛ إلا أن أمور التجارة قد تتطلب من العامل أن يبيع البضاعة ثمن مؤجل أو مقسط، إذ قد لا يكون النقد متوفراً في أغلب الأحيان، فإذا أخذنا برأي القائلين بمنع المضارب من البيع بالنسيئة؛ لكان ما يأمل حصوله من الربح أقل مما لو أبحنا له ذٰلك، فأرى أن لا مانع من أن يبيع العامل أموال المضاربة بثمن مؤجل كله أو بعضه على من يتعاملون معه، إذا فوض إليه رب المال أمر المضاربة، على أن لا يكون الشخص المدين مشهوراً باللدد والمماطلة، فإن كانت صفته هٰذه؛ فلا يحق للعامل أن يبيعه بثمن مؤجل، وإن فعل؛ فعليه ضمان ثمن ما باعه لأن في ذٰلك ضياعاً لأموال الناس وهٰذا لا يجوز، ولا أميل إلى القول إن العامل يملك ذٰلك بمطلق العقد. وانظر: «السلم والمضاربة» (٣٠٤ ـ ٣٠٥).

(٣) «المدونة» (٤ / ٦١ ـ ٦٣)، «التفريع» (٢ / ١٩٤)، «الكافي» (٣٨٦)، «المعونة» (٢ / ١١٢٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٦)، «معين الحكام» (٢ / ٥٣٦)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٥٢٤)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١٧٣).
وهٰذا هو مذهب الحنابلة بشرط أن يظن مع السفر السلامة.
انظر: «الإنصاف» (٥ / ٤١٨)، «المغني» (٥ / ١٤٦).

أنه لا يجوز[(١)].

ودليلنا أن القراض يقتضي التصرف في المال على العادة في طلبه تنميته والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً، فإذا أطلق الإذن فقد دخل على العادة، فيتضمن ذٰلك التصرف كل ما يعتاد مثله ولا يلزم عليه النسيئة؛ لأنا لا نمنعها للعادة، لٰكن إن لرب المال أن يمنعه ولم[(٢)] يأذن له في إخراج المال عن يده إلى ذمة غيره، ولأن من السلع ما قد جرت العادة بأنه لا يشترى إلا في السفر ولا ينمى المال إلا فيه، ولا يحمل إلا إلى المواضع المقصودة به، فإذا ثبت أن له أن يشتري تلك السلعة ثبت له أن يسافر بها؛ لأن تنميتها لا تحصل إلا به[(٣)].

---

(١) المشهور عندهم الجواز.
انظر: «روضة القضاة» (٢ / ٥٩١)، «مختصر الطحاوي» (١٢٥)، «المبسوط» (٢٢ / ٣٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤١ / رقم ١٠٧٩) ـ وفيه: «روى محمد في «الإملاء» عن أبي حنيفة أن للمضارب أن يسافر بالمال إلى حيث شاء. وروى أبو يوسف في «الإملاء»: أنه ليس له أن يسافر بالمال. قال أبو يوسف: يخرج به إلى موضع يرجع به من يومه كقُطْرُبُّل ـ وهي من سواد العراق؛ كما في «معجم ما استعجم» (٣ / ١٠٨٣) ـ من بغداد، ولا يسافر به إلى ما هو أكثر منه» ـ، «فتاوى أنقروي» (٢ / ٢٣١) ـ وفيه: «وللمضارب في المضاربة المطلقة أن يسافر بمال المضاربة في الروايات الظاهرة براً وبحراً، وليس له أن يسافر سفراً مخوفاً يتحامى الناس عنه» ـ، «تكملة فتح القدير» (٨ / ٤٧٢)، «خزانة الفقه» (١ / ٣٠١)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٦٤٨).
وعدم الجواز هو مذهب الشافعية.
انظر: «المهذب» (٢ / ٣٩٤)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣١٧)، «تكملة المجموع» (١٤ / ٢٠٥)، «فتح الوهاب» (١ / ٢٤٢)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٣٤).
وهو رواية محمد عن أبي يوسف والحنابلة في وجه.
انظر: «بدائع الصنائع» (٨ / ٣٦٠٨)، «الإنصاف» (٥ / ٤١٨).

(٢) كذا في الأصل والمطبوع، وفي هامشهما: «لعل ثم تحريفاً والأصل: لأن رب المال لم».

(٣) رأينا في سفر المضارب بمال المضاربة أن وجهة نظر الفقهاء في تقييدهم سفر المضارب بموافقة رب المال فيها شيء من الحيطة والحرص على مال المضاربة من الضياع بلا شك، فخوفهم من أن يتعرض المال لآفات قد تمحقه كله أو بعضه هو الذي دعاهم إلى التشديد على المضارب ومنعه من المتاجرة ابتداءً بمال المضاربة خارج محل انعقادها، وهي وجهة نظر لا بأس بها، يرجع الأخذ بها عندما تحيط المال المخاوف والأخطار، ولٰكن الأمر يختلف عما كان عليه الفقهاء من قبل، حيث =

مسألة ١٠٢٢

لا يجوز أن ينضم إلى القراض عقد شركة[١]، وقال أصحاب الشافعي: يجوز ما لم يشترطا تفاضلاً في الربح[٢].

ودليلنا أن عقد القراض مستثنى من الأصول الممنوعة[٣]، فلا يجوز إلا بقدر

= لا توجد تلك المحاذير التي كان يخشاها الفقهاء على رأس المال، ومنها خوفهم أن يسطو اللصوص على المال عند المبيت ليلاً في الصحراء، أو خوفهم من قطاع الطرق أن يتعرضوا لرجال القافلة فينهبوا ما فيها من أموال؛ فهٰذه المخاوف وغيرها تكاد تكون بعيدة عن الحسبان في الوقت الحاضر، بفضل تيسر وسائل النقل التي تنقل المسافرين بأسرع وقت إلى المدن التي تتهيأ فيها الأماكن المعدة لاستقبالهم، كما أن اهتمام الحكومات بإشاعة الأمن في ربوع بلادها قد قلل من حوادث السلب والنهب، وإن ما يحصل من هٰذا القبيل في بعض الأحيان فهو قليل بالنسبة لما كان عليه الناس في العصور السابقة.

لذا لا أرى بأساً من أن يسافر المضارب إلى المدن التي اعتاد التجار أن يسافروا إليها لغرض البيع والشراء، على أن لا يتجاوز في سفره حدود المعقول والمتعارف بين الناس، بل قد أصبح السفر أمراً ضرورياً لمن يسكن بعيداً عن مراكز المدن التجارية لأن محل تجمع البضائع وتكدسها غالباً قد أصبح في المدن الكبيرة كبغداد والموصل مثلاً بالنسبة لمن يسكن أرض العراق، فإذا كان محل إقامة المضارب بعيداً عن تلك المراكز كان لا بد له من السفر لجلب ما يحتاجه من عروض تجارية، في سبيل بيعها والحصول على الأرباح، فلو قلنا بمنعه من السفر نكون بذٰلك قد عرقلنا سيرعماله التجارية. وانظر: «السلم والمضاربة» (ص ٣١٩ ـ فما بعد).

(١) «الموطأ» (٢ / ٦٩١)، «المدونة» (٤ / ٥٨)، «التفريع» (٢ / ١٩٥)، «الكافي» (٣٨٦ ـ ٣٨٧).

(٢) «الوجيز» (١ / ٢٢٣)، «فتح العزيز» (١٢ / ٤١ ـ ٤٢)، «روضة الطالبين» (٥ / ١٣٢)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٣٣، ٣٣٦)، «تحفة المحتاج» (٤ / ٤١٧)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٢٠).

والجواز مذهب الحنفية.

انظر: «بدائع الصنائع» (٦ / ٨٥، ٩٥)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٦٤)، «تكملة رد المحتار» (٨ / ٢٩٢).

ومذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٥ / ٢٠، ٣٧)، «الإنصاف» (٥ / ٤٣٢)، «منتهى الإرادات» (١ / ٤٦٢).

(٣) توجيه ذٰلك: القرض بيع؛ لأنه تمليك الشيء بمثله، وهو مبادلة المال بالمال، وهٰذه حقيقة البيع، وإذا كان بيعاً؛ فإنه بيع ربويّ بجنسه من غير قبض، فلو حكم عليه بمثل ما حكم على نظائره من =

ما وردت الرخصة به، ولأنه لما لم يجز أن ينضم إليه عقد إجارة؛ فكذٰلك لا يجوز أن ينضم إليه عقد شركة.

مسألة ١٠٢٣

لا يجوز أن يقارضه على أن يستدين على مال القراض ويكون الربح بينهما، ولا يجوز ذٰلك للعامل(١)، وقال أبو حنيفة: يجوز بإذن رب المال ولا يجوز بغير إذنه(٢).

ودليلنا أن ذٰلك قراض وعقد شركة وقد منعناه، ولأن عقد شركة الوجوه عندنا

= أفراد مثل هٰذا البيع لاقتضى الأصول عدم الجواز، بمقتضى الحديث الصحيح: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد»، وبمقتضى ما أجمع عليه المسلمون من أن بيع الربوي بجنسه وأحدهما مؤجَّل لا يجوز، فيكون جوازه على خلاف الأصول.

ومنهم من جعله مخالفاً بناءً على أنه بيع ما ليس عند الإنسان أيضاً؛ لأن المدين يبيع ما لا يملكه، وهو ما يكون في ذمته للدائن بمقتضى القرض.

انظر: «الفروق» (٤ / ٢) للقرافي، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٩٦)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٠ / ٥١٤)، «المعدول به عن القياس» (ص ١٢٩ ـ ١٣٠).

والصحيح أن القرض على وفق الأصول وجارٍ على سننه، وتوجيه ذٰلك بأنه من جنس التبرع بالمنافع كالعاريَّة، فهو يلتقي معه في الغرض والنتيجة، ويكون من جنس التعاون على البر والتقوى. راجع المصادر السابقة.

(١) «الكافي» (٣٨٥)، «التلقين» (٢ / ٤٠٧)، «الخرشي» (٦ / ٢٠٥)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٦ / ٢٢٠، ٢٢٥)، «الشرح الكبير» (٣ / ٤٦٤)، «حاشية البناني على شرح الزرقاني» (٦ / ٢٢٠).

(٢) «المبسوط» (٢٢ / ١٧٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٢ / رقم ١٧١٠)، «شرح العيني» (٢ / ١٣٨)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٢٣)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٩٢)، «البحر الرائق» (٥ / ٢٦٥).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «المهذب» (١ / ٣٨٧)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣١٦)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٣١).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٥ / ٦١)، «الإنصاف» (٢ / ٤١٨).

باطلة لو انفردت[١]، فإذا انضمت إلى القراض كان أولى بالبطلان، ولأنه لو قال له ابتداء: استدن واتجر على أن يكون الربح بيننا نصفين؛ لم يجز لأنها مضاربة بغير مال، فكذٰلك إذا انضم إليه مال؛ لأن قدر ما يستدين ليس لرب المال رأس مال فيه، ولأنه لو دفع إليه مئة نقداً وعرضاً بمئة قراضاً لم يجز مع كون العرض مالاً مجملاً[٢]، فإذا قال: استدن بمئة كان بالمنع أولى، ولأن كل ما لو انفردت المضاربة به لم يجز؛ فكذٰلك إذا انضم إلى رأس ماله، أصله القرض[٣].

---

(١) انظر مسألة (رقم ٩٢٢).

(٢) انظر مسألة (رقم ١٠٠٣).

(٣) المفهوم من أقوال الفقهاء أنهم اتفقوا على أن المالك لو أذن للعامل بأن يشتري للقراض بأكثر من رأس المال على أن يكون ضامناً لهٰذه الزيادة، دون أن يتحمل العامل شيئاً منها كان ذٰلك جائزاً على القراض، وقد انفرد المالكية والإمامية في القول بأن المالك لو أجاز تصرف العامل بعد الشراء كان ذٰلك بمثابة الإذن السابق، وهٰذا ما أميل إليه لأن الإجازة اللاحقة كالإذن المسبق، فعليه يكون جميع ما اشتراه للقراض، ويدخل في ضمان رب المال.
إلا أنهم اختلفوا في مسألتين:
إحداهما: لو فوض المالك أمر المضاربة للعامل يحق له بموجب هٰذا التفويض أن يستدين؟
والثانية: لو استـدان العامـل فعلاً؛ فهل يكون شريكاً بمقـدار ما استدانه أم يكون ذٰلك على القراض؟
فبالنسبة للمسألة الأولى لا أرى التفويض يكفي للاستدانة؛ لأن التفويض ينصرف إلى أعمال التجارة كالبيع والشراء والإيداع والاستئجار، وما شابه ذٰلك، أما الاستدانة؛ فلا تدخل تحت تفويض رب المال أمر المضاربة للعامل؛ لأن فيها ضماناً على رب المال، وقد لا يرضى رب المال بذٰلك؛ فلا بد من إذن خاص من المالك، كما أني أميل من جهة أخرى إلى القول بأنه عند الإذن بالاستدانة تجعل البضاعة المشتراة بثمن مؤجل شركة وجوه، بحجة أن المضاربة لا تجوز إلا في مال بعينه؛ لأن الدين هو في الحقيقة مال حكمي، وما دام رب المال قد أذن له بذٰلك، فلنلحقه برأس مالها السابق ويكون الجميع رأس مال لها، اللهم إلا في حالة ما إذا استدان العامل بدون إذن مسبق من رب المال، ولم يجزه المالك؛ فعندئذ يكون شريكاً في ذٰلك العرض بمقدار المبلغ الزائد على رأس المال، كما قال بذٰلك المالكية.
وانظر: «عقد المضاربة» (٢٣٣) للدبو، و (٨٣ ـ ٨٥) للخفيف.

مسألة ١٠٢٤

لا يتقرر ملك العامل للربح إلا بالمفاصلة[١]، وقال أبو حنيفة: بالظهور[٢]، وهو أحد قولي الشافعي[٣].

ودليلنا أنه لو خسر بعد الربح لجبر رأس المال من الربح قبل المفاصلة، ولو كان ملكه متقرراً على أن الربح لم يجبر به كما لو كان بعد المفاصلة، ولأنه لو كان رأس المال ألفين فاشترى به عبدين قيمة كل واحد ألفان فأعتق العامل أحدهما لم يعتق؛ لأنه لا يملك فيهما شيئاً، والعلة فيه أن المقاسمة لم تحصل؛ فلم يلتفت إلى الربح في هٰذه الحالة[٤].

مسألة ١٠٢٥

للعامل إذا شخص بالمال أن ينفق في سفره منه ما يحتاج إليه لأجل السفر[٥]،

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٠٢)، «التفريع» (٢ / ١٩٧)، «الكافي» (٣٨٧)، «المعونة» (٢ / ١١٢٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٥)، «معين الحكام» (٢ / ٥٤٠)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٦٦).

والمراد أن الربح لا يظهر إلا بقسمة المال بين رب المال والمضارب، فإذا امتلك رب المال رأس ماله أصبح حق المضارب في الربح ثابتاً وملكاً له مستقراً.

(٢) أي: حق العامل في الربح يصبح ملكاً له بظهوره، ولو لم يقسم المال.

انظر: «مختصر الطحاوي» (١٢٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٨ / رقم ١٧٣٣)، «شرح العيني» (٢ / ١٣٧)، «بدائع الصنائع» (٦ / ١٠٧).

(٣) «مختصر المزني» (٥١، ١٢٢)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٤١)، «المهذب» (١ / ٤٩٤)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣١٨)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٣٧٥).

وهو ليس الأظهر في المذهب. قاله الرملي في «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٣٤).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٥ / ٤١).

(٤) الربح يصبح حقاً للمضارب، متى ظهر الربح في أيّ كيفية ظهر فيها، والله أعلم. وتظهر ثمرة الخلاف في هل يحق لرب المال أن يأخذ شيئاً من الربح قبل القسمة. انظر تفصيل المسألة في: «عقد المضاربة» (ص ١٤٨ ـ ١٥٠، ٢٤٣ ـ ٢٤٦).

(٥) «الموطأ» (٢ / ٦٨١، ٦٩٦)، «المدونة» (٤ / ٤٩ ـ ٥١)، «المنتقى» (٥ / ١٧١ ـ ١٧٣)، =

والأظهر عند أصحاب الشافعي أنه ليس له ذلك[1]، ودليلنا أنَّ العامل إنما سافر بالمال طلباً للفضل لا تطوعاً، فلو قلنا: إنه لا يستحق النفقة لذهبت نفقته بربحه وبأضعافه، ولأن ذلك يصير زيادة ينفرد بها رب المال، وذلك خلاف موضوع القراض، ولأن سفره لما كان لأجل المال وطلب تنميته صار كبعض كلف المال ومؤنة الأجراء[2].

= «التفريع» (٢ / ١٩٤)، «الرسالة» (٢٢٠)، «الكافي» (٣٨٥)، «المعونة» (٢ / ١١٢٣)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٤٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٥)، «معين الحكام» (٢ / ٥٣٨).
وهٰذا مذهب جماهير أهل العلم، وبه قال الحسن البصري والنخعي والأوزاعي وأبو ثور وإسحاق وأصحاب الرأي، والمشهور عن الإمام الشافعي فيما حكاه المزني في «مختصره» (١٢٢) عنه.
انظر المصادر آخر المسألة.
وانظر مذهب الحنفية في: «بدائع الصنائع» (٦ / ١٠٥ ـ ١٠٦)، «البناية» (٧ / ٧١١)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٦٩)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٣٣)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٦٥٧).

(١) «الإقناع» (١٠٩)، «المهذب» (١ / ٣٨٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٣٣)، «الوجيز» (١ / ٢٢٤)، «فتح العزيز» (١٢ / ٥٣ ـ ٥٤)، «روضة الطالبين» (٥ / ١٣٥)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣١٧)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٢٣)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٣٧٣).
وهٰذا قول ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وأحمد والشافعي فيما حكاه البويطي عنه، وهو رأي ابن حزم.
انظر: «الإشراف» لابن المنذر (رقم ١٤٦)، «الإفصاح» (٢ / ٧)، «نوادر الفقهاء» (ص ٢٧٠ ـ ٢٧١)، «المحلى» (٨ / ٢٤٨)، «المغني» (٥ / ٤١)، «الإنصاف» (٥ / ٤٤٠)، «تقرير القواعد» (٢ / ٥٧ ـ بتحقيقي)، «مطالب أولي النهى» (٣ / ٥٢٨)، ومنه تعلم ما في كتاب «الإجماع» (٢ / ٥٨٥) لسعدي أبو حبيب: «اتفقوا على أن للمضارب أن ينفق على نفسه في السفر من المال»!!

(٢) اتفقت كلمة أكثر الفقهاء الذين قالوا بأن للعامل أن ينفق على نفسه من مال المضاربة، سواء ملك ذلك بمطلق العقد على رأي بعضهم أو بالشرط، والعادة على رأي البعض الآخر، بأن المقصود بالنفقة هو ما يحتاجه المضارب من طعام وشراب وأجرة للمنزل الذي ينام فيه إن كان الأمر يتطلب المبيت خارج مصره، وكذا ما ينفقه من أجرة حمام أو غسل لملابسه، وما شابه ذلك مما يعتاد الإنسان صرفه على نفسه في أحواله الاعتيادية على أن لا يجاوز بذلك الحد المعروف بين الناس؛ لأن في زيادة النفقة إضراراً برب المال، وهٰذا لا يجوز له، فإن جاوز ذلك ضمن العامل الفضل لمجاوزته القدر المعتاد، كما لا يجوز له أن يستغرق أكثر رأس المال بالنفقة؛ لأن الواجب عليه أن يوازن بين رأس المال وتكاليف السفرة، فإن لم يفعل ضمن.

مسألة ١٠٢٦

لا يجوز التوقيت في القراض بأن يقارضه إلى مدة معلومة لا يفسخها قبلها ولا على أنه إذا انقضت المدة انفسخ العقد؛ فلم يجز أن يبيع ما اشتراه من المتاع ولا[1] أن يستأنف شراء غيره، ومتى وقع العقد على ذلك كان فاسداً[2]، وقال أصحاب أبي حنيفة: يجوز[3].

= وذهب الحنفية في رأي لهم إلى أن ما يستحقه المضارب من النفقة هو ما يزيد بسبب سفره وما عداه؛ فليس له ذلك، قال السمناني: «وفي كيفية النفقة وجهان، أحدهما: جميع النفقة، والثاني: ما زاد على نفقة الإقامة؛ لأن ذلك لزمه لأجل السفر»، وبهذا قال الشافعية على الرأي الذي أجازوا فيه للمضارب أن ينفق على نفسه من مال المضاربة، جاء في «المهذب»: «فإن قلنا: ينفق من مال القراض؛ ففي قدره وجهان، أحدهما: جميع ما يحتاج إليه؛ لأن من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته، والثاني: ما يزيد على نفقة الحضر؛ لأن النفقة إنما لزمته لأجل السفر فلم يلزمه إلا ما زاد السفر».

والذي أراه أن النفقة التي يستحقها المضارب أثناء سفره هي كل ما يحتاجه الإنسان من حاجاته الضرورية، وأما القول بأن ما يستحقه هو الفرق الحاصل بسبب السفر، فهو قول لا دليل عليه؛ لأن المتعارف عند إطلاق لفظ النفقة، ينصرف إلى النفقة المعتادة وهي النفقة الكاملة بالمعروف دون سرف أو تقتير. وانظر: «عقد المضاربة» (١٩٨ ـ ١٩٩).

(١) في هامش الأصل والمطبوع: «كلمة «لا» زائدة».

(٢) «الموطأ» (٢ / ٦٩١)، «الكافي» (٣٨٦)، «المعونة» (٢ / ١١٢٣)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٣)، «الشرح الكبير» (٣ / ٤٥٦)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٦ / ٢١٦)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٦٠)، «الفروق» (١ / ٢٢٩).

وهذا مذهب الشافعية.

انظر: «أسنى المطالب» (٢ / ٣٨٣)، «تحفة المحتاج» (٤ / ٤١٩)، «تكملة المجموع» (١٤ / ٢٠٢، ٢٠٣).

(٣) قال أبو جعفر الطحاوي: لم نجد عن أصحابنا توقيت المضاربة.

انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٩ / رقم ١٧٠٥).

ونصَّ متأخروهم على الجواز.

انظر: «بدائع الصنائع» (٦ / ٩٢)، «تكملة رد المحتار» (٨ / ٢٨٣)، «حاشية رد المحتار» (٥ / ٢٥٦).

ودليلنا أن القراض من العقود الجائزة لأنه كالوكالة وهو مُتَضَمَّن لمعناها[١]؛ لأنَّ المال للمالك، وإنما يتصرف العامل فيه لطلب الفضل فيه والنماء نيابة عن المالك، والقدر الذي يفترقان فيه أن التوكيل لا يتضمن شركة الوكيل للموكل في الربح والقراض يتضمن ذٰلك، فإذا ثبت ذٰلك صح أنه من العقود الجائزة أي غير اللازمة، فيجب أن يكون ما أخرجه إلى اللزوم باطلاً لأنه يخرجه عن بابه، وأصله وتوقيته يقتضي اللزوم، فوجب فساده.

مسألة ١٠٢٧

وليس للعامل أن يبضع[٢] ولا يودع إلا من ضرورة، فإن فعل من غير ضرورة ضمن[٣]، وقال أبو حنيفة: له ذٰلك من غير ضرورة[٤].

= والجواز رواية عند الحنابلة، ورجحها ابن قدامة.
انظر: «الإنصاف» (٥ / ٤٣٠، ٤٣١)، «كشاف القناع» (٣/ ٥١٢)، «المغني» (٥ / ٥٠).

(١) قال الطحاوي في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٠ / تحت رقم ١٧٠٥): «وقياس قولهم في الوكالة: أنها لا تختص بالوقت لأنهم قالوا: لو وكل رجلاً ببيع عبده اليوم، فباعه غداً جاز وكانت كالوكالة المنقطعة.
قال أبو بكر ـ أي الجصاص ـ: هٰذا ليس بشيء؛ لأنهم يقولون: لو قال: بعه اليوم ولا تبعه غداً، لم يكن له بيعه غداً، وكذٰلك لو قال: على أن يبيعه اليوم دون غد.
وقال مالك والليث والشافعي: إذا وقَّتها فسدت».

(٢) الإبضاع: هو أن يعطي المضارب شيئاً من رأس المال لشخص آخر، على أن يقوم هٰذا الشخص بمعاونة العامل في البيع والشراء، دون أن يكون له مقابل ذٰلك أي أجر.

(٣) «المدونة» (٤ / ٥٦)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٧، ٤٢٨)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٧٨).
وهٰذا هو الصحيح عند الحنابلة.
انظر: «الإنصاف» (٢ / ٤١٧).

(٤) «المبسوط» (٢٢ / ٣٨)، «شرح العيني» (٢ / ١٣٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٥) ـ وفيه: «قال أصحابنا: له أن يبضع. وقال مالك: إذا أبضع ضمن، ولا يودع إلا عند الخوف على منزله. وقال أبو جعفر: له أن يستأجر له من يحفظه ويعمل به وله أن يودع، ويبضع بغير أجر» ـ، «بدائع الصنائع» (٨ / ٨٨)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٦٤)، «نتائج الأفكار» (٨ / ٢٨٨).

ودليلنا أن رب المال رضي بأمانة العامل ونظره دون نظر غيره وأمانته؛ فكان العامل متعدياً بتسليم المال إلى غيره وإخراجه عن يده، فوجب أن يضمن، كالوكيل إذا وكل غيره فيما اؤتمن عليه ولم يؤذن له، ولأنه دفع إليه المال على وجه الأمانة ليكون في يده فلم يجز له دفعه إلى غيره، أصله المودع(١).

مسألة ١٠٢٨

إذا شرط رب المال على العامل الضمان؛ فالقراض فاسد(٢)، وقال أبو حنيفة: العقد صحيح والشرط باطل(٣).

---

(١) اشتراط موافقة المالك لجواز إبضاع العامل المال للغير فيه شيء من الوجاهة؛ لأنَّ إخراج المال من يد العامل إلى يدٍ أخرى فيه مخالفة لرغبة رب المال؛ فقد لا يرضى أن يخرج المال إلى يد أخرى؛ لأنَّ الأيدي ليست واحدة، فمنها الأمنية، ومنها ليست كذٰلك، لٰكن المفروض في العامل حين أخرج شيئاً من المال قد وضعه في يد أمنية؛ لأنَّ طمعه في الفائدة يجعله يتحرى الرجل الثقة ليبضعه المال، ولولا أمله في الحصول على فائدة أكثر من جراء الإبضاع لما أقدم عليه.

فالذي أراه أن من حق العامل أن يدفع المال لغيره بضاعة، سواء كان رب المال قد نص على ذٰلك في العقد أو فوض إليه أمر المضاربة؛ لأنَّ الإبضاع أمر من أمور التجارة، إذ الدافع لهٰذا هو إيجاد أفضل السبل لتنمية رأس مال المضاربة؛ فما دام المالك قد وضع ثقته في رجل ثقة حسب اعتقاده، فمن المؤكد أنَّ المضارب لا يبضع إلا من كان ثقة مثله، أما أن يملكه المضارب بمجرد العقد دون إذن أو تفويض من المالك؛ فلا أرى جواز ذٰلك. قاله الأستاذ الدّبو في «عقد المضاربة» (١٨١ ـ ١٨٢).

(٢) «الموطأ» (٢ / ٦٩١)، «المدونة» (٤ / ٤٩)، «التفريع» (٢ / ١٩٥)، «الرسالة» (٢٢٠)، «معين الحكام» (٢ / ٥٤١ ـ ٥٤٢)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٢١٦).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٢٨).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٢٤ ـ ١٢٥)، «اللباب» (٢ / ١٢٧)، «شرح العيني» (٢ / ١٣٥)، «الجامع الصغير» (٣٤٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٧ / رقم ١٧١٩) ـ وفيه: «قال أصحابنا: المضاربة جائزة، وهو قول الليث. وقال مالك: المضاربة فاسدة، وله أجر مثله. وقياس قول الشافعي: أن يفسد؛ لأنه قال: إذا شرط البضاعة مع المضارب فسدت. قال أبو جعفر: المضاربة لا تصح إلا بالقبض؛ فهو كالعمرى لا يبطلها الشرط، وليست كالبيع لأنه يصح بالقول» ـ، «فتاوى أنقروي» (٢ / ٢٣٢).

فدليلنا أن القراض عقد غرر مجوز مستثنى من الأصول، فلم يجز فيه إلا قدر ما ورد به الشرع، ولأن موضوعه على الأمانة، فإذا شرط فيها الضمان؛ فقد عقد على خلاف موضوعه، فوجب أن يفسد، أصله الصرف إذا شرط فيه ترك القبض، ولأن القراض موضوع على التساوي، فإذا شرط الضمان؛ فذٰلك زيادة لا يقتضيها العقد، فوجب فساده كما لو شرط ربحاً معلوماً.

مسألة ١٠٢٩

إذا باع رب المال سلعة من مال القراض وقف ذٰلك على إجازة العامل[١]، وقال أبو حنيفة: إن كان بقيمتها فأكثر جاز، وإن كان بأقل؛ فللعامل الخيار[٢].

= وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «مطالب أولي النهى» (٣/ ٥٢٢).

(١) «المدونة» (٤/ ٥٩)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٦٤)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦/ ٢٢٥).

(٢) «المبسوط» (٢٢/ ٨٥ ـ ٨٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٥١/ رقم ١٧٢٤) ـ ونقل فيه عن الحنفية: إذا باع رب المال جارية من المضاربة بقيمتها أو أكثر جاز البيع، ولو باع بأقل من ذٰلك كان للمضارب أن يرد البيع، وفيه: «وقال مالك: لا يجوز بيعه إلا أن يجيزه العامل، فإن أجازه في نصيب رب المال ولم يجز في نصيب المقارض» ـ، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٠٠).
ورجّح الأستاذ الخفيف في كتابه «الشركات» (ص ٧٦، ٧٧) مذهب الحنفية، وقال عن رأي المالكية: «وفي رأيي أن هٰذا لا يتفق مع ما هو مقرر في الشريعة، من أن إقامة وكيل في تصرف لا يسلب الموكل الحق في مباشرته، وبناء على هٰذه القاعدة إذا تصرف رب المال في مال المضاربة نفذ تصرفه».
وتعقبه الأستاذ إبراهيم الدَّبو في كتابه «عقد المضاربة» (ص ١٥٤ ـ ١٥٥) فقال: «إن ما ذهب إليه المالكية هو المختار عندي، من أن رب المال لا يحق له أن يتصرف في مال المضاربة إلا بعد أخذ موافقة العامل، هٰذا إذا لم يكن رب المال قد حصل على موافقته مسبقاً، كأن يكون العامل قد خوله بعد العقد بالتصرف في مال المضاربة، وبناءً على هٰذا التخويل قد تصرف، أما إذا لم يحصل على تخويل مسبق من العامل، بل تصرف على أساس أنه ملكه؛ فلا أرى أن ذٰلك يحق لرب المال، وللعامل منعه من التصرف؛ لأن المال وإن كان يعود للمالك؛ إلا أنه قد تعلق به حق الغير بإخراجه من يده إلى يد ثانية، فلم تبق ليد رب المال السيطرة التامة عليه كما لو كان بحوزته.
ويرد على قول الحنفية الذين يرون أن لا ضرر على العامل من بيع رب المال بالمثل أو أكثر، بالقول=

فدليلنا أنه بائع لعين منع من بيعها لتعلق حق الغير فيها؛ فلم يجز بيعه إلا بإذن من له حق فيها، أصله بيع الراهن والمفلس والبيع بدون القيمة.

مسألة ١٠٣٠

إذا نهى رب المال العامل عن التصرف وقد صار دُيوناً؛ فعليه التقاضي إلى أن ينض رأس المال[١] فإن كان فيه فضل لزمه التقاضي، وإن لم يكن فيه فضل لم يلزمه[٢].

ودليلنا أن العامل دخل على أن يكون العمل كله عليه كان هناك ربح أم لا، فإذا تركه ديوناً احتاج ربه إلى التقاضي، وذلك زيادة من العامل عليه؛ فلم يجز،

= كيف لا يحصل من جراء ذلك التصرف ضرر؛ إذ ربما كان بمقدور العامل أن يبيع العرض بأكثر من السعر الذي باعه به المالك، ثم إن القول بمنح رب المال حق التصرف في مال المضاربة كيف يشاء فيه مخالفة للأعراف التجارية التي تقضي بأن من دفع مالاً لغيره بقصد المتاجرة يكون قد فوض إليه النظر فيه لثقته فيه واعتماده عليه، ومن ثم لا يسوغ له التدخل في شؤونه ما لم ير إهمالاً أو تقصيراً من جانبه، هذا بالإضافة إلى ما يحدث التدخل من مشاكل ونزاع بين رب المال والعامل، وحسماً لما قد يحدث مما لا يحمد عقباه نمنع رب المال من التصرف في مال المضاربة، دون موافقة العامل، أو أن يشترط ذلك في العقد وإذا لم يرق له ذلك؛ فبإمكانه أن يطلب إنهاء العقد.

ثم إن ما ذهب إليه الشيخ الخفيف في نقد مذهب المالكية من جهة أن العامل في المضاربة لا يحق له أن يمنع رب المال من التصرف؛ لأن العامل لا يعدو حاله عن كونه وكيلاً عن المالك، فكما يحق للموكل أن يتصرف فيما وكل فيه فكذا هنا.

نقول: إن الأمر يختلف بين تصرف الموكل فيما وكل فيه، وبين تصرف المالك في عروض المضاربة؛ لأن الوكيل في الوكالة لم يتعلق به أي حق فيما وكل به؛ إذ هو نائب عن غيره، ليس إلا، ومتبرع بعمله في الغالب، أما العامل في المضاربة فقد أصبح له حق في المال الذي سُلم إليه للمضاربة به بعد التصرف فيه بيعاً وشراءً، فلا يحق لنا أن نتغافل عنه ونسقطه من الحساب، ومن هنا كان الفرق بين الموكل وبين رب المال في المضاربة».

(١) أي: تحوّل العروض إلى نقود، وبعده في المطبوع: «إن كان»، ولذا كُتب في هامشه: «لعله وقع هنا نقص أصله خلافاً لمن قال»!!

(٢) «المدونة» (٤ / ٦٨)، «المعونة» (٢ / ١١٢٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٧)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٣٧)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ٢٢٥)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٦٩)، «الشرح الكبير» (٣ / ٥٣٥).

ولأنه معنى يتوصل به إلى توفية رب المال رأس ماله، فكان لازماً للعامل دون رب المال، أصله إذا كان المال عروضاً أن على العامل بيعها[(١)].

*****

(١) لم يذكر المصنف في المسألة خلافاً على غير عادته، وقال ابن رشد: «ولا خلاف بينهم»، وذكر المسألة، وكذا حكى ابن قدامة في «المغني» (٥ / ٤١) الاتفاق، وهو كذلك في «المهذب» (١ / ٣٨٧)، و «شرح الزرقاني» (٦ / ٢٢٥).
وانظر: «الإجماع» (٢ / ٥٨٦) لسعدي أبو حبيب.
ولكن المتمعن في الكتب الفقهية يجد أن الخلاف يقع في هذه المسألة في التفويض إلى القاضي، فاشترطه المالكية دون غيرهم.
انظر: «العناية شرح الهداية» (٧ / ٧٦)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٦٧)، «بدائع الصنائع» (٦ / ١٠٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٥٤ / رقم ١٧٢٨)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣١٩)، «أسنى المطالب» (٢ / ٣٩٠)، «الإنصاف» (٥ / ٤٤٩)، «عقد المضاربة» (ص ٢٩٢ وما بعد).
ووقع خلاف أيضاً لو اختلف المتعاقدان على تنضيض المال أو عدم تنضيضه، كأن يطلب المالك تصفية السلع ويأبى العامل أو حصل العكس.
انظر: «مغني المحتاج» (٢ / ٣١٩ ـ ٣٢٠)، «المغني» (٥ / ٤٦)، «الإنصاف» (٥ / ٤٤٨)، «التاج والإكليل» (٥ / ٣٦٩)، «شرح العناية» (٧ / ٧٦)، «المحلى» (٨ / ٢٤٩)، «عقد المضاربة» (ص ٢٩٥ ـ ٢٩٧).

كتاب المساقاة وكراء الأرض

مسألة ١٠٣١

المساقاة[١] على النخل جائزة[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣]؛ لحديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر من تمر

---

(١) معناها شرعاً: أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره.

(٢) «الموطأ» (٢ / ٧٠٤)، «المدونة» (٤ / ٢)، «التفريع» (٢ / ٢٠١)، «الرسالة» (٢٢٠)، «الكافي» (٣٨١)، «المعونة» (٢ / ١١٣١)، «التلقين» (٢ / ٤١٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٤٥)، «أسهل المدارك» (٢ / ٣٦١)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣٧٢)، «القوانين» (٢٤٠)، «الشرح الصغير» (٢ / ٢٥٧)، «معين الحكام» (٢ / ٥٤٦).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٢٧)، «اللباب» (٢ / ٢٣٣)، «المبسوط» (٢٣ / ٩، ١٦)، «شرح العيني» (٢ / ١٩٨)، «الاختيار» (٣ / ٧٩ ـ ٨٠)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٨٤)، «شرح فتح القدير» (٩ / ٤٧٨)، «رد المحتار» (٦ / ٢٨٥ ـ ٢٨٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢١ / رقم ١٦٨٥) ـ وفيه: «قال أبو حنيفة وزفر رحمهما الله: لا تجوز المزارعة ولا المساقاة. وقال ابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله: تجوزان جميعاً. وقال محمد: لا تجوز المزارعة في الأرض البيضاء وتجوز المساقاة في أصل نخل وكرم ورمان وما أشبهه، وتجوز المزارعة في الأرض البيضاء بين النخل على وجه التبع، وتجوز أن يساقيه النخل وعلى أن يزرع الأرض والخارج من الأرض أو بينهما لأنها تبع، وإنما تجوز إذا كانت الأرض التي بين النخل الثلث والنخل الثلثين ونحوه. يقول الأوزاعي والحسن بن حي: تجوز المزارعة. والليث لا يجيزها ويجيز المساقاة، وكذلك الشافعي إلا أن الشافعي يجوز المساقاة في النخل والكرم دون غيرهما ولا تجوز المزارعة بالثلث إلا في الأرض البيضاء التي بين النخل التي تشترك مع النخل في السقي» ـ، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ١٨١ ـ ١٨٣).

وزرع[١]، ولأنه مال لا ينمى بنفسه وإنما ينمى بالعمل عليه، فإذا لم تجز إجارته جاز العمل عليه ببعض نمائه؛ كالدنانير والدراهم[٢].

مسألة ١٠٣٢

وتجوز في الكرم والشجر والأصول التي لها ثمرة[٣]، وقال الشافعي: في الجديد لا تجوز إلا في الكرم والنخل[٤].

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما، رقم ٢٣٢٨)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، رقم ١٥٥١).

(٢) الصحيح الذي عليه فقهاء الحديث: أنَّ المساقاة على جميع الأشجار جائزة. قاله ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٠/ ١٢٥، ٣٢٤).

وهٰذا مذهب الشافعي وأحمد، غير أنهم اتفقوا في النخل والعنب، واختلفوا في بقية الأصول كما في المسألة الآتية.

وانظر للحنابلة: «المغني» (٧/ ٥٣٠)، «الإنصاف» (٥/ ٤٤٦)، «الفروع» (٤/ ٤٠٦)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ٧٣)، «منتهى الإرادات» (٢/ ٢٣٢ ـ ٢٣٣)، «كشاف القناع» (٣/ ٥٣٢)، «مطالب أولي النهى» (٣/ ٥٥٤).

وانظر للشافعية: «المجموع» (١٥/ ٢٢٠)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٥٠)، «الحاوي الكبير» (٧/ ٣٦٣ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٢٣)، «فتح الباري» (٥/ ١٧)، «فتح الوهاب» (١/ ٢٤٤).

(٣) «المدونة» (٤/ ٢ ـ ٥)، «التفريع» (٢/ ٢٠١)، «الرسالة» (٢٢٠)، «الكافي» (٣٨١)، «المعونة» (٢/ ١١٣٢)، «التلقين» (٢/ ٤١٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٩)، «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٥)، «أسهل المدارك» (٢/ ٣٦١)، «مواهب الجليل» (٥/ ٣٧٢)، «معين الحكام» (٢/ ٥٤٩).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر المراجع المذكورة في آخر المسألة السابقة.

(٤) «الأم» (٤/ ١١)، «مختصر المزني» (١٢٣)، «الإقناع» (١١٠)، «الوجيز» (١/ ١٣٦)، «المجموع» (١٥/ ٢٢٠)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٥٠)، «حلية العلماء» (٥/ ٣٦٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٢٣)، «الحاوي الكبير» (٧/ ٣٦٣ ـ ط دار الكتب العلمية)، «فتح الباري» (٥/ ١٧)، «إخلاص الناوي» (٢/ ٣٨٢).

ودليلنا أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على ما فيها من زرع ونخل[١]؛ فعم، ولأنه أصل له ثمرة فجازت المساقاة عليه؛ كالنخل والكرم، ولأن المعنى الذي له جازت في النخل والكرم: أن المالك قد يعجز عن تعهده والقيام عليه بالسقي والتنقية؛ فجازت المساقاة عليه لهذه الضرورة، وهذا موجود في سائر الأصول[٢].

مسألة ١٠٣٣

المساقاة على ثمرة موجودة جائزة[٣]، وقال الشافعي: في الجديد

= ومذهب داود: لا تجوز إلا في النخل.
انظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ٧٣)، «المحلى» (٨ / ٢٣١ ـ ٢٣٢).

(١) مضى تخريجه في المسألة السابقة.

(٢) الصحيح الجواز، كما ذكرناه في آخر التعليق على المسألة السابقة.
وانظر: «القواعد النورانية» (١٦٦ ـ ١٦٩، ١٨٠، ١٨٣ ـ ١٨٤).

(٣) «المعونة» (٢ / ١١٣٢) ـ وعبارته: «الزرع إذا ظهر وعجز عنه زارعه تجوز المساقاة عليه؛ لأنه يصير حينئذ كالأصل المرتجى ثمرته، ولا يجوز وهو مغيب لم يظهر، ولأنه ليس باطل ولا يدري هل ينبت حبه أم لا، وكذلك المقاثي والمباطخ إذا ظهرت كالزرع» ـ، «التلقين» (٢ / ٤١٠) ـ وعبارته: «وفي الزرع يعجز عنه صاحبه، ويجوز في الثمر بعد ظهورها وقبل طيبها واختلف فيها بعد الطيب» ـ.
قلت: والمسألة يمكن فصلها إلى مسألتين كما فعل مصنفنا في «المعونة» (٢ / ١١٣٧) فقال: «فصل: تجوز المساقاة على الثمرة بعد ظهورها، خلافاً للشافعي؛ لأن المساقاة تجوز لحاجة الثمرة إلى السّقي والخدمة والضرورة من الملك إلى استيعابه غيره، وهذا يستوي في المعدوم والموجود، ولأن ذلك إذا جاز قبل وجودها مع كثرة الخطر كان جوازه بعد الوجود مع قلة الخطر أولى».
وانظر: «الموطأ» (٢ / ٧٠٦)، «المدونة» (٤ / ٥)، «الكافي» (٣٨٣)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٩)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١٧٨، ١٨٠)، «الأم» (٤ / ١١)، «مختصر المزني» (١٢٤).
ثم ذكر المسألة الثانية فقال: «فصل: واختلف في جواز المساقاة يليها بعد طيبها، قال ابن القاسم: لا تجوز. وقال سحنون: تجوز؛ خلا ابن القاسم أنه لا ضرورة إلى المساقاة لجواز بيعها والإجارة عليها، ولسحنون أن الضرورة إلى سقيها وتعهدها باقية لحاجتها إلى قيامها في النخل؛ فكانت كالتي لم يبد صلاحها».
وانظر: «الموطأ» (٢ / ٧٠٧)، «المدونة» (٤ / ٥)، «الكافي» (٣٨٣)، «التلقين» (٢ / ٤١٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٢٩).

لا تجوز[١]، ودليلنا أن المساقاة إنما جازت لحاجة الثمرة إلى السقي والتنقية وضرورة المالك إلى استنابة غيره، وهٰذا يستوي فيه حال عدمها ووجودها؛ لأن ذٰلك جاز في المعدوم كان في الموجود أولى[٢].

مسألة ١٠٣٤

إذا كان العامل لصاً أو ظالماً لم يفسخ العقد لذٰلك، ولم يمنع، ولٰكن يتحفظ منه[٣]، وحكي عن الشافعي أنه يقال له: أقم غيرك مقامك[٤].

ودليلنا أن عقد المساقاة قد لزم وكون العامل سارقاً فسق لم يوجب فسخ العقد كما لو فسق بغير السرقة، ولأن ذٰلك لا يوجب تعذر السقي ولا منع القيام على الثمرة، وإنما يقتضي ضرراً لا يمنع استيفاء المنافع؛ فلا يفسخ لأجله السقي، أصله إذا كان ظالماً وانتصف من معاملته، ولأن من أكرى رجلاً داراً فوجده ينقب ويسرق لم يجز له فسخ الكراء، وقيل له: تحفظ منه، فكذٰلك المساقاة.

مسألة ١٠٣٥

الجداد في المساقاة على العامل[٥]، خلافاً لمحمد بن

---

(١) «الأم» (٤ / ١١)، «مختصر المزني» (١٢٤)، «الوجيز» (١ / ١٣٦)، «الإقناع» (١١٠)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٦٥)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٣٨٣ ـ ٣٨٤).

(٢) المساقاة جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها، فمع وجودها وقلّة الغرر فيها أولى، ويشترط لصحة هٰذه المساقاة إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة؛ كالتأبير، والسقي، وإصلاح الثمرة، وإذا لم يبق ما لا يزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف. انظر: «نظرية الغرر» (٢ / ١٤٥).

(٣) «المدونة» (٤ / ١٣)، «الكافي» (٣٨١)، «معين الحكام» (٢ / ٥٥٠)، «شرح الزرقاني على خليل» (٥ / ١٩٦)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١٨٢).

(٤) «الأم» (٤ / ١١)، «مختصر المزني» (١٢٤).

(٥) «المدونة» (٤ / ٥)، «المعونة» (٢ / ١١٣٢)، «التلقين» (٢ / ٤١١)، «الكافي» (٣٨١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٠)، «معين الحكام» (٢ / ٥٤٧)، «شرح الزرقاني على خليل» (٥ / ١٨٤)، «البيان والتحصيل» (٩ / ١١١، ١٢ / ١٤٥، ١٥٧).

الحسن[(١)] في قوله: إنه عليه وعلى المالك؛ لأنه من مصالح الثمرة وخدمتها لا يبقى له أثر بعدها، فكان على العامل كالآبار والسقي.

مسألة ١٠٣٦

إذا اختلفا في جزء العامل بعد عمل العامل؛ فالقول قول العامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه[(٢)]، وقال الشافعي: يتحالفان ويتفاسخان وللعامل أجرة المثل[(٣)].

ودليلنا أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين سبباً وها هنا العامل أقوى سبباً لتسليم الحائط والعمل فيه، ولأن ذلك كاختلاف البائع والمشتري في الثمن بعد قبض السلعة، وقد ذكرناه.

مسألة ١٠٣٧

ولا تجوز المزارعة[(٤)]، وصفتها أن يدفع الرجل أرضه إلى رجل يزرعها الداخل ببذر من عنده ويكون الزرع بينهما[(٥)]، وحكي عن ابن أبي ليلى[(٦)] وأبي

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣١ / رقم ١٦٩٦)، «المبسوط» (٢٣ / ٣٦).

(٢) «المعونة» (٢ / ١١٣٢ ـ ١١٣٣)، «معين الحكام» (٢ / ٥٥٠)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١٨١)، «المنتقى» (٥ / ١١٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٧٢)، «الأحكام» (٣١٣ ـ ٣١٤) للمالقي.

(٣) «مختصر المزني» (١٢٤)، «الحاوي الكبير» (٩ / ١٧٩ ـ ١٨٠)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٣٩١ ـ ٣٩٢).

(٤) في هامش الأصل والمطبوع: «مراده بالمزارعة هنا كراء الأرض مما يخرج منها، ولم يرد الشركة في الزرع، وتسمية كراء الأرض لما يخرج منها مزارعة اصطلاح قديم، ويدل لذلك أنه عنون الباب بقوله: (المساقاة وكراء الأرض)، ولذا احتاج إلى بيان صفة المزارعة».

(٥) «المدونة» (٤ / ٢٩ ـ ٣٠)، «الرسالة» (٢٢١)، «الكافي» (٣٧٩)، «المعونة» (٢ / ١١٤١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٢) ـ وفيه: «والمشهور جوازها» ـ، «فصول الأحكام» (٢٥٢)، «معين الحكام» (٢ / ٥٤٩)، «عارضة الأحوذي» (٦ / ١٥٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٧٦)، «الشرح الصغير» (٢ / ٢٥٩ ـ ٢٦٠)، «أسهل المدارك» (٢ / ٣٦٤)، «مواهب الجليل» (٥ / ١٧٧).

(٦) «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (٤١ ـ ٤٢)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٧٨).

والجواز هو مذهب أحمد وإسحاق وأبي بكر بن أبي شيبة وسليمان بن داود الهاشمي والبخاري وأبي داود وجماهير فقهاء الحديث من المتأخرين؛ كابن المنذر، وابن خزيمة، والخطابي، وأهل =

يوسف[1] ومحمد بن الحسن[2] جوازه.

ودليلنا قوله ﷺ: «من كانت له أرض؛ فليزرعها أو ليمنحها أخاه ولا يكريها بثلث ولا ربع»[3]، ولأنه زارع في أرض منفردة ببعض ما يخرج منها فلم يجز، أصله إذا شرط أحدهما لنفسه زرعاً منفرداً، ولأن ذٰلك ككراء الأرض ببعض ما يخرج منها وطعام بطعام متأخر[4].

= الظاهر.

انظر: «المغني» (٥ / ٥٨١، ٥٨٢)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (٤ / ٥٦)، «الفروع» (٤ / ٤٠٦)، «الإنصاف» (٥ / ٤٦٧)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٣٤)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٤٣ - ٥٤٤)، «عارضة الأحوذي» (٦ / ١٥٤)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٧٧)، «المجموع» (١٥ / ٢٣٩ - ٢٤٣)، «شرح معاني الآثار» (٤ / ١١٧).

(١) «الهداية» (٤ / ٥٩)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٧٨)، «المبسوط» (٢٣ / ٣)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٢٧٧)، والمصادر السابقة.

(٢) «شرح معاني الآثار» (٤ / ١١٧)، «الهداية» (٤ / ٥٩)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٧٨)، «المبسوط» (٢٣ / ٣)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٢٧٧)، والمصادر السابقة.

(٣) سيأتي تخريجه في المسألة الآتية.

(٤) اختار ابن تيمية رحمه الله تعالى في «مجموع الفتاوى» (٣٠ / ١٢٥) أن المزارعة جائزة، سواء كان البذر من المالك أو من العامل أو منهما، وسواء كانت أرضاً بيضاء أو ذات شجر.

قال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٠ / ١١٠): «وأما المزارعة؛ فإذا كان البذر من العامل أو من رب الأرض، أو كان من شخص أرض ومن آخر بذر ومن ثالث العمل؛ فالصواب أنها (أي المزارعة) تصح في ذٰلك كله».

ويتأكد حكم الجواز عند ابن تيمية من ثلاث طرق ذكرها في «مجموع الفتاوى» (٣٠ / ١١٠)، هي:

أولاً: بما جاءت به السنة، ودل عليه عمل الصحابة.

ثانياً: بالقياس الجلي.

ثالثاً: ببيان خطأ من نهوا عن المزارعة، وتوجيه ما اعتمدوا عليه في ذٰلك من الحديث في ضوء مجموع ما ورد من النصوص بهٰذا الخصوص.

أما السنة؛ فقد صح أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على أن يعمروها من أموالهم بشطر ما يخرج منها من ثمر وزرع، روى ذٰلك البخاري (٢٣٢٨) ومسلم (١٥٥١) في «صحيحيهما».

وقصة أهل خيبر هي الأصل في جواز المساقاة والمزارعة، وإنما كانوا يبذرون من أموالهم لم يكن =

= النبي ﷺ يعطيهم بذراً من عنده، وهٰكذا كان خلفاؤه من بعده وأصحابه، مثل عمر وسعد بن أبي وقاص وعبدالله بن مسعود.
وكان آل أبي بكر يزارعون، وآل عمر يزارعون، وآل ابن مسعود يزارعون، هٰذا عمل المسلمين من زمن نبيهم إلى اليوم. انظر: «فتح الباري» (٥ / ١٣).
والمزارعة ـ كما يقول ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٠ / ١١٤) ـ كانت فيهم أظهر من كراء الأرض بالدراهم والدنانير؛ فإنها أبعد عن الظلم والغرر؛ إذ مبناها على العدل، إن حصل شيء فهو لهما، وإن لم يحصل شيء اشتركا في الحرمان.
وأما القياس؛ فإن المزارعة من باب المشاركة؛ لكونها وفق قياس المشاركات، فهي تشبه المضاربة؛ فهنا رب المال يدفعه إلى العامل ليتجر فيه باذلاً الجهد والربح بينهما، وكذٰلك المزارعة؛ فرب الأرض يدفعها إلى العامل ليزرعها، والزرع بينهما.
والمزارعة بهٰذا ليست من باب الإجارة الخاصة كما زعم بعض الفقهاء.
قال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٠ / ١٢٥): ومن منع من ذٰلك ظن أنه إجارة بعوض مجهول، وليس كذٰلك، بل هو مشاركة كالمضاربة، والمضاربة على وفق القياس لا على خلافه؛ فإنها (أي المزارعة) ليست من جنس الإجارة، بل من جنس المشاركات.
وأما توجيه ما اعتمد عليه في النهي عن المزارعة، وهو ما رواه بعض الصحابة كجابر بن عبدالله ورافع بن خديج من نهي النبي عن المخابرة؛ فهٰذا النهي مفسر بما رواه رافع نفسه بأن المقصود به المزارعة التي يشترط فيها لرب الأرض زرع بقعة بعينها.
حتى إن الليث بن سعد كان يقول: الذي نهى عنه رسول الله ﷺ شيء لو نظر ذوو الفهم بالحلال والحرام لم يجيزوه؛ لما فيه من المخاطرة. انظر: «صحيح البخاري» (٥ / ٣١ ـ مع «فتح الباري»).
فهو ليس نهياً عاماً عن المزارعة كما أخطأ من فهم ذٰلك من الفقهاء، بل مقصود به صورة معينة مشتملة على ظلم؛ إما للعامل وهٰذا غالباً، وإما لرب الأرض أحياناً، وذٰلك بأن يشترط رب الأرض زرع بقعة معينة مما يكون النبات فيها قريباً من مجاري المياه والسواقي والماذيانات.
فإذا أصيب النبات في غير هٰذه المواضع بآفة كان لرب الأرض ما نبت فيها، ولم يكن للعامل شيء بمقتضى ما اتفقا عليه، وفي هٰذا من الظلم ما فيه مما لا يخفى، وتلك هي علة النهي في هٰذه الصورة من المزارعة، لا أنه نهي عام عن المزارعة يدخل فيه أن يزارعه على جزء مشاع من الزرع كما هو الحال في المعاملة التي يقول ابن تيمية بجوازها.
ولهٰذا لما خلت المزارعة من هٰذا الظلم المنهي عنه كانت من باب المشاركة؛ لشبهها بالمضاربة الموافقة للقياس؛ فكان الحكم عليها بالجواز، لا أنها من باب المؤاجرات فتكون مؤاجرة

= بمجهول.

بل إن المزارعة أحل من المؤاجرة بأجرة مسماة، إذ مبناها على العدل إن حصل شيء فهي لهما، وإن لم يحصل شيء اشتركوا في الحرمان.

وأما المؤاجرة؛ فالمؤجر يقبض الأجرة، والمستأجر على خطر: قد يحصل له مقصوده وقد لا يحصل، فكانت المزارعة أبعد عن المخاطرة من الإجارة، وليست المزارعة مؤاجرة على عمل معين حتى يشترط فيه العمل بالأجرة، بل هي من جنس المشاركة كما تقدم كالمضاربة ونحوها.

وأما من ذهب إلى منع المزارعة مستدلاً بحديث النبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه، وإلا؛ فليمسكها»، قائلاً هٰذا أمر إذا لم يفعل واحداً من الزرع والمنيحة بأن يمسك عليه أرضه، وذٰلك يقتضي المنع من المؤاجرة والمزارعة.

فيجيب ابن تيمية عن ذٰلك في «مجموع الفتاوى» (٢٩ / ١٣٤): بأن الأمر في الحديث ندب واستحباب لا أمر إيجاب، أو أنه كان إيجاب في الابتداء لينزجروا عما اعتادوه من المزارعة والكراء الفاسدين، وهٰذا كما أنه ﷺ لما نهاهم عن لحوم الحمر الأهلية قال في الآنية التي كانوا يطبخونها فيها: «أهريقوا ما فيها واكسروها»، وقال ﷺ في آنية أهل الكتاب حين سأله عنها أبو ثعلبة الخشني: «إن وجدتم غيرها؛ فلا تأكلوا فيها، وإن لم تجدوا غيرها؛ فأرحضوها بالماء»، وذٰلك أن النفوس إذا اعتادت المعصية لا تنفطم عنها انفطاماً جيداً إلا بترك ما يقاربها من المباح كما قيل: «لا يبلغ العبد حقيقة التقوى حتى يجعل بينه وبين الحرام حاجزاً من الحلال»، كما أنها أحياناً لا تترك المعصية إلا بتدريج، لا تتركها جملة، يعني: النفس.

فهٰذا يقع تارة وهٰذا يقع تارة، ولهٰذا يوجد في سنة النبي ﷺ لمن خشي منه النفرة عن الطاعة الرخصة له في أشياء يستغنى بها عن الحرام، ولمن وثق بإيمانه وصبره النهي عن بعض ما يستحب له تركه مبالغة في فعل الأفضل، وهٰذا يستحب لمن وثق بإيمانه وصبره من فعل المستحبات البدنية والمالية كالخروج عن جميع ماله، مثل أبي بكر الصديق ما لا يستحب لمن لم يكن حاله كذٰلك، كالرجل الذي جاء النبي ببيضة من ذهب، فحذفه النبي بها، فلو أصابته لأوجعته، ثم قال: «يعمد أحدكم إلى ماله لا يملك غيره فيتصدق به، ثم يقعد يتكفف الناس»(١).

---

(١) أخرجه الدارمي في «السنن» (١ / ٤٧٩)، وأبو داود (١٦٧٣، ١٦٧٤)، وعبد بن حميد في «المسند» (رقم ١١٢٠، ١١٢١ ـ «المنتخب»)، وابن خزيمة (٢٤٤١) وابن حبان (٣٣٧٢ ـ «الإحسان») في «صحيحيهما»، وأبو يعلى في «المسند» (٢٠٨٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٤ / ١٥٤، ١٨١)؛ من حديث جابر بن عبدالله بسندٍ رجاله ثقات؛ إلا أنَّ فيه ابن إسحاق، وقد عنعن، ولم أر تصريحه بالتحديث.

= ويدل على ذٰلك أن فقهاء الصحابة كانوا يرون جواز المزارعة كزيد بن ثابت وابن عباس؛ ففي «الصحيحين» عن عمرو بن دينار قال: قلت لطاوس: «لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنها. قال ـ أي: عمرو ـ: إني أعطيهم وأعينهم، وإن أعلمهم أخبرني ـ يعني: ابن عباس ـ أن النبي ﷺ لم ينه عنه، ولٰكن قال: «أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليه خرجاً معلوماً».
وعن ابن عباس أيضاً: «أن رسول الله ﷺ لم يحرم المزارعة، ولٰكن أمر أن يرفق بعضهم ببعض».
وقد أخبر طاوس عن ابن عباس أن النبي ﷺ إنما دعاهم إلى الأفضل، وهو التبرع، قال: «وأنا أعينهم وأعطيهم»، وأمر النبي ﷺ بالرفق الذي منه واجب، وهو ترك الربا والغرر، ومنه مستحب؛ كالعارية والقرض.
أما ما يشترط من كون البذر على رب الأرض حتى تصح المزارعة؛ فلا يسلم ابن تيمية لقائليه، ويرى أنه ليس معهم بذٰلك حجة شرعية، ولا أثر عن الصحابة.
وسبب هٰذا الشرط هو قياسهم المزارعة على المضاربة، من حيث كون العمل من شخص، والمال من شخص، فيكون البذر من جهة رب المال.
قال ابن تيمية: وذٰلك قياس فاسد؛ لأن المال في المضاربة يرجع إلى صاحبه، ويقتسمان الربح؛ فنظيره الأرض، أو الشجر يعود إلى صاحبه، ويقتسمان الثمر والزرع.
وأما البذر؛ فإنهم لا يعيدونه إلى صاحبه، بل يذهب بلا بدل، كما يذهب عمل العامل وعمل بقره بلا بدل؛ فكان من جنس النفع لا من جنس المال، وكان اشتراط كونه من العامل أقرب في القياس مع موافقة هٰذا المنقول عن الصحابة رضي الله عنهم، فإن منهم من كان يزارع والبذر من العامل.
وكان عمر يزارع على أنه إن كان البذر من المالك؛ فله كذا، وإن كان من العامل فله كذا، وذكره البخاري، فجوز عمر هٰذا، وهٰذا هو الصواب.
وابن تيمية رحمه الله يرى أنّ جواز المزارعة إنما هو ما عليه الإجماع، ويسوق من النصوص الثابتة عن النبي والصحابة والتابعين ما تتأكد به دعواه بانعقاد الإجماع على الجواز.
فمن ذٰلك ما رواه الإمام مسلم عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر أهلها على النصف نخلها وأرضها».
وعن طاوس: «أن معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان على الثلث، والربع على يومك هٰذا».
وما ذكره البخاري في «صحيحه» (كتاب الحرث والمساقاة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، ٥ / ١٣ ـ مع «الفتح») قال: وقال قيس بن مسلم عن أبي جعفر ـ يعني: الباقر ـ: «ما بالمدينة دار هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع». قال: «وزارع علي وسعد بن مالك وعبدالله بن مسعود وعمر بن عبدالعزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل عمر وآل علي وابن سيرين...».

مسألة ١٠٣٨

كراء الأرض للزرع يجوز بالعروض والحيوان والذهب والفضة، ولا يمنع إلا بنوعين:

أحدهما: الطعام، سواء كان مما يخرج منها كالحنطة والشعير أو مما لا يخرج منها كاللبن والعسل.

والنوع الآخر: ما يخرج منها طعاماً كان أو غيره؛ كالقطن والزعفران والكتان وغير ذلك[١].

وحكي عن الحسن[٢] وطاوس[٣] أنه لا يجوز كراؤها بحال، ولا أظن الحكاية

= قال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٢٩ / ٩٧): «فهٰذه الآثار التي ذكرها البخاري قد رواها غير واحد من المصنفين في الآثار، وإذا كان جميع المهاجرين كانوا يزارعون والخلفاء الراشدون وأكابر الصحابة والتابعون من غير أن ينكر ذٰلك منكر؛ لم يكن إجماع أعظم من هٰذا، بل إن كان في الدنيا إجماع؛ فهو هٰذا، لا سيما وأهل بيعة الرضوان جميعهم زارعوا على عهد رسول الله ﷺ وبعده».

وما مضى من: «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٢ / ١٠٩٨ ـ ١١٠٦) بتصرف وزيادة.

(١) «الموطأ» (٢ / ٧١١ ـ ٧١٢)، «المدونة» (٣ / ٤٥٩)، «المعونة» (٢ / ١١٣٩)، «التلقين» (٢ / ٤١٢)، «التفريع» (٢ / ١٨٣)، «الرسالة» (٢٢١)، «الكافي» (٣٧٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٥)، «معين الحكام» (٢ / ٥٠٨)، «أسهل المدارك» (٢ / ٣٦٤)، «مواهب الجليل» (٥ / ١٧٦).

(٢) للمزارعة عنده صورتان: أن تكون الأرض والبذر أو الشجر من أحدهما، والعمل من الآخر، وما خرج فهو بينهما، وهٰذه الصورة لا يقرُّها، والثانية: أن تكون الأرض لأحدهما والبذر والنفقة منهما، فما خرج فهو بينهما بنسبة مشاعة على ما اتفقا، وهٰذه يجيزها.

انظر: «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ١٠٠)، «الآثار» (رقم ٦٥٦) لأبي يوسف، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٢٢)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٧٩)، «المحلى» (٨ / ٢٢٩)، «شرح السنة» (٨ / ٢٥٨)، «الاستخراج» (ص ٥٤) لابن رجب، «موسوعة فقه الحسن» (٢ / ٨٣٨ ـ ٨٣٩).

(٣) «حلية العلماء» (٥ / ٣٧٩).

وأسند عبدالرزاق في «المصنف» (٨ / ١٠١ ـ ١٠٢ / رقم ١٤٤٨١): أخبرنا معمر، عن ابن طاوس، عن أبيه: أنه كان يشرك أرضه على الثلث والنصف، ويعطيهم حصتهم من البذر.

وانظر: «شرح معاني الآثار» (٤ / ١٠٨، ١١٥)؛ ففيه عنه الجواز.

ثابتة.

وقال أبو حنيفة[1] والشافعي[2]: يجوز أن تكرى بكل ما يصلح أن يكون ثمناً للمبيع.

والخلاف في موضعين:

أحدهما: في كرائها بالطعام لأنه عندهم جائز، سواء كان من نوع ما يخرج منها أو من غيره بعد أن لا يشترط أن يكون من زرع تلك الأرض.

والآخر: ما يخرج منها من غير الطعام.

فدليلنا على أنه لا يجوز بالطعام حديث رافع أن رسول الله ﷺ قال: «من كانت له أرض؛ فليزرعها أو ليمنحها أخاه، ولا يكريها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى»[3]؛ فعم.

ولأنه طعام فأشبه إذا شرط ما تنبته ونكتة المسألة أنه يحصل من طعام إلى أجل

---

(١) «شرح معاني الآثار» (٤ / ١١٥ ـ ١١٧)، «مختصر الطحاوي» (١٣٢)، «اللباب» (٢ / ٨٨ ـ ٨٩)، «الاختيار» (٣ / ٧٤ ـ ٧٥)، «فتح القدير» (٩ / ٤٦٢)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٧٨)، «رد المحتار» (٦ / ٢٧٤ ـ ٢٧٥).

(٢) «الأم» (٤ / ٢٥)، «مختصر المزني» (١٢٨)، «المجموع» (١٥ / ٢٣٩)، «روضة الطالبين» (٥ / ١٧٠ ـ ١٧١)، «الحاوي الكبير» (٧ / ٣٦٥ ـ ٣٦٩ ـ ط دار الكتب العلمية).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الحرث والمزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة، رقم ٢٣٤٠)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب البيوع، باب كراء الأرض، رقم ١٥٣٦)؛ من حديث جابر بن عبدالله، والمذكور لفظه عدا قوله: «ولا يكريها بثلث...».

وحديث رافع بنحو اللفظ المذكور عند البخاري في «صحيحه» (كتاب الحرث والمزارعة، باب منه، رقم ٢٣٢٧، وباب ما يكره من الشروط في المزارعة، رقم ٢٣٣٢، وباب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في المزارعة والثمرة، رقم ٢٣٤٤، وكتاب الشروط، باب الشروط في المزارعة، رقم ٢٧٢٢)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب البيوع، باب كراء الأرض، رقم ١٥٤٧)، ثم وجدته عن رافع باللفظ الذي ساقه المصنف عند أبي داود في «السنن» (رقم ٣٣٩٥) والنسائي في «المجتبى» (٧ / ٤٢) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ١٠٦).

وابتاع منه عسلاً أو لبناً بما تخرجه أرضه إلى أجل طعام بطعام متأخر ومجهول؛ لأن المالك كأنه باعه بهٰذا الطعام ما تنبته أرضه وجزء بيع إلى أجل[١].

ودليلنا على منع كرائها بغير الطعام مما تنبته أنه مما يخرج منها، فأشبه إذا شرط الثلث والربع مما تنبته[٢].

مسألة ١٠٣٩

إذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها شعيراً أو ما ضرره كضرر الحنطة أو أقل[٣]، وقال داود: ليس له أن يزرع إلا الحنطة[٤].

ودليلنا أنه زرع لا يضر بالأرض زيادة على الضرر المشترط، فأشبه أن يزرعها حنطة، ولأن تعيين ما يزرع في الأرض هو لتقدير المنفعة لا لكونه شرطاً، بدليل أنه لو لم يزرعها مع التمكين للزمته الأجرة.

* * * * *

(١) في هامش الأصل والمطبوع: «لعله وقع تحريف ونقص بعض كلمات في هٰذه الأسطر الثلاثة، ولعل الأصل: «يحصل منه طعام بطعام إلى أجل ولو ابتاع منه عسلاً أو لبناً بما تخرجه أرضه إلى أجل لكان طعاماً بطعام متأخر ومجهول لأن المالك كأنه باعه بهٰذا الطعام ما تنبته أرضه إلى أجل»».

(٢) انظر ما ورد في الباب من كلام نفيس لشيخ الإسلام ابن تيمية في «تنقيح التحقيق» (٣/ ٧٨ ـ ٨١).

(٣) «المدونة» (٣/ ٤٧٣)، «التفريع» (٢/ ١٨٩)، «الكافي» (٣٧٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٨).

(٤) «المحلى» (٩/ ٧٧)، «المغني» (٥/ ٤٨٤).

كتاب الإجارة

مسألة ١٠٤٠

جواز الإجارة في الجملة مجمع عليه[١]؛ إلا ما يحكى عن ابن عُلَيّة والأصم[٢]، وهؤلاء لا يعد أهل العلم خلافهم خلافاً بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧]؛ فنص على جواز الإجارة وأخذ الأجرة، وقوله ﷺ: «أعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[٣]، ولأن بالناس حاجة إلى تلك المنافع وأخذ الأعواض

---

(١) «المدونة» (٢ / ٣٨٦ ـ ٣٩٠)، «التفريع» (٢ / ١٨٣)، «الرسالة» (٢١٨)، «الكافي» (٣٦٨)، «المعونة» (٢ / ١٨٠٧)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢)، «الخرشي» (٧ / ٢)، «التلقين» (٢ / ٣٩٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٤)، «معين الحكام» (٢ / ٤٨٣)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣٨٩)، «شرح الرصاع» (٣٩٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٨٣).

(٢) «المغني» (٥ / ٤٤٣)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٢٠١)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٨٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٨٣).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣)، والقضاعي في «الشهاب» (٧٤٤)؛ من طريق عبدالرحمٰن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن ابن عمر رفعه.
وإسناده ضعيف جداً، فيه عبدالرحمٰن، وخولف.
أخرجه ابن زنجويه في «الأموال» (٢٠٩١)، وابن عدي (٥ / ١٨٢٠) من طريق عثمان بن عثمان الغطفاني، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار مرسلاً، وهو أصح من المسند.
وللحديث شواهد صححها بها شيخنا في «الإرواء» (رقم ١٤٩٨)، ويغني عنه ما في «صحيح البخاري» (رقم ٢٢٧٠) عن أبي هريرة عن النبي ﷺ؛ قال: «قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة. . .»، وذكر: «ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يُعْطِه أجره».

عليها؛ فجاز ذٰلك كالأعيان، ولأن هٰذا إجماع من السلف قبل خرق هٰؤلاء المبتدعة[١].

مسألة ١٠٤١

عقد الإجارة جائز لازم من الطرفين، ليس لأحدهما فسخه بعد عقده إلا أن يكون عيب في المعقود عليه يمنع استيفاء المنفعة[٢]، وقال أبو حنيفة: للمكتري الفسخ إذا اكترى جمالاً للحج ثم مرض وبدا له، وكذٰلك إذا اكترى داراً ليسكنها فبدا له وأراد سفراً أو اكترى دكاناً ليتّجر فيه فاحترق متاعه[٣].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ولأنه عقد معاوضة محضة؛ فلم يكن لأحدهما فسخه بمانع[٤] في العاقد كالبيع، ولأن كل مانع لا يملك به المكري فسخ الإجارة لم يملك به المكتري، أصله غلاء الأجرة أو رخصها، ولأن الأصول موضوعة على أن كل ما كان لأحد المتعاقدين فسخه بوجه كان للآخر أن يفسخ بمثل ذٰلك الوجه، كعقد الشركة والوكالة والقراض، وكذٰلك البيوع إذا وجد أحدهما بأحد العوضين عيباً كان له الفسخ، ،فكذٰلك في مسألتنا، ولأن عزم المكتري على السفر إذا اكترى داراً أو عزمه على المقام إذا اكترى جمالاً للحج كان ذٰلك عذراً[٥] لا يتضمن نقصاناً في المعقود عليه، ولا يمنع استيفاء المنافع؛ فلا

---

(١) انظر: «الموافقات» (٤ / ١٨٩ ـ ١٩٠) وتعليقي عليه، «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (ص ٣٥ ـ ٤٣).

(٢) «المدونة» (٣ / ٤٢٩)، «التفريع» (٢ / ١٨٧ ـ ١٨٨)، «الكافي» (٣٦٨)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ١٦٦ ـ ١٦٧، ١٨٤)، «التلقين» (٢ / ٣٩٩ ـ ٤٠٠)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ١٣٠)، «معين الحكام» (٢ / ٤٨٣).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٢٨ ـ ١٢٩)، «اللباب» (٢ / ١٠٥)، «شرح العيني» (٢ / ١٥٠)، «حاشية ابن عابدين» (٢ / ٢٤٠).

(٤) في الأصل: «بمعنى»!

(٥) في هامش الأصل: «لعله: عذر»، وضرب على «كان ذٰلك عذراً»، وفي هامش المطبوع: «لعله عذر، وكلمتا: كان ذٰلك زائدتان».

يملك به الفسخ كالمكري إذا عزم على المقام وقد أكرى جمالاً أو داراً.

مسألة ١٠٤٢

الأجرة في الإجارة لا يستحق تسليمها بمجرد العقد ولا قبل تسليم العين المستأجرة[1]، خلافاً للشافعي[2]؛ لقوله ﷺ: «أعط الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه»[3]، وذلك حث على تعجيلها وقت استحقاقها ومنع تأخيرها عنه، فلو كانت مستحقة بمجرد العقد لكان أمراً بتأخيرها، وذلك ينافي المقصود بالخبر، ولأنه عوض في عقد معاوضة محضة فلم يلزم تسليمه بمجرد العقد دون تسليم المعقود عليه؛ كالأثمان بالبيوعات[4].

مسألة ١٠٤٣

لا تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين إذا لم يتعذر استيفاء

---

(١) وإنما تملك باستيفاء المنافع.
«التفريع» (٢ / ١٨٤)، «الرسالة» (٢١٩)، «الكافي» (٣٦٨)، «المعونة» (١٠٩٢)، «معين الحكام» (٢ / ٤٨٣)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١٨٤ ـ ١٨٥)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤)، «الأحكام» (٣١٣) للمالقي.
وهذا مذهب الحنفية.
انظر: «المبسوط» (١٥ / ٧٦)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٤٧٧)، «بدائع الصنائع» (٤ / ٢٠١).

(٢) «الأم» (٤ / ٢٦)، «مختصر المزني» (١٢٦)، «الإقناع» (١٠٠)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٩١)، «أسنى المطالب» (٢ / ٤٠٩)، «حاشية الشرقاوي» (٢ / ٨٥، ٨٦)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٦٣)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٣٩٥).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «الإنصاف» (٦ / ٨٠)، «المغني» (٦ / ١٤ ـ مع «الشرح الكبير»)، «تقرير القواعد» (١ / ٣٤٧ ـ بتحقيقي) لابن رجب، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٨٠)، «مطالب أولي النهى» (٣ / ٦٨٦)، «هداية الراغب» (٣٨٢).

(٣) مضى تخريجه مسألة (رقم ١٠٣٠).

(٤) انظر بسط المسألة وأدلتها مع المناقشة وترجيح مذهب المالكية في: «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (ص ٢١٨ ـ ٢٢٣).

المنافع[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢]؛ لقوله ﷺ: «من ترك مالاً أو حقاً؛ فلورثته»[٣]، وهٰذه الإجارة متروكة للميت؛ فيجب أن تكون لورثته وهٰذا ينفي الفسخ، ولأنه عقد معاوضة؛ فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين إذا لم يعد بتلف المنفعة أو يتعذر استيفاؤها، أصله البيع، ولأنه عقد تعلق بمنفعة تستوفى من عين؛ فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين، أصله الرهن، ولأن عقده على أمته للخدمة عقد معاوضة من مالك على منفعة ماله؛ فلم ينفسخ بموت المالك؛ كعقده النكاح عليها[٤].

مسألة ١٠٤٤

إذا قال: آجرتك هٰذه[٥] الدار على حساب كل شهر بدينار ولم يذكر المدة

---

(١) «المعونة» (٢ / ١٠٩٦)، «التفريع» (٢ / ١٨٤ ـ ١٨٥)، «الرسالة» (٢١٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٧٣)، «الكافي» (٣٦٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٩)، «قوانين الأحكام» (٢٣٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٧ ـ ٢٨)، «الخرشي» (٧ / ٣٠).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٢٨)، «اللباب» (٢ / ١٠٥)، «الهداية» (٣ / ٢٥٠)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٨٣ ـ ٨٥ ـ الدر)، «شرح العيني» (٢ / ١٥٨)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٦٧٢ ـ ٦٧٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٢٩ ـ ١٣٠ / رقم ١٨٢٦) ـ وفيه: «وهو قول الثوري والليث»، وانظره لمزيد من البيان ـ.
وهٰذا مذهب ابن حزم.
انظر: «المحلى» (٩ / ٥، ٦).

(٣) أخرجه الدارمي (٢١٢)، وأبو داود (٢٩٥٤)، والنسائي (٣ / ٥٨، ١٨٨)، وابن ماجه (٤٥، ٢٤١٦)، والبيهقي (٣ / ٢١٤)؛ في «سننهم»، وأحمد في «مسنده» (٣ / ٣١٠، ٣١٩، ٣٣٧، ٣٧١)، وابن خزيمة (١٧٨٥)، وابن حبان (١٠ ـ «الإحسان»)، والبغوي في «شرح السنة» (٤٢٩٥) ضمن حديث طويل عن جابر، وهو صحيح.
وانظر: «الإرواء» (١٤١٦، ١٥٥٤).

(٤) عدم الفسخ هو أظهر القولين، إذ الإجارة عقد لازم، وهٰذا مذهب الشافعية والحنابلة، وهو اختيار بعض المحققين من العلماء.
انظر: «المهذب» (١ / ٥٣٣)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٥٦)، «أسنى المطالب» (٢ / ٤٠٩)، «المبدع» (٥ / ١٠٤)، «المغني» (٦ / ٥٠ ـ مع «الشرح الكبير»)، «الإنصاف» (٦ / ٦١)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٠ / ١٥٧)، «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٣ / ١١٣٩ ـ ١١٤٠)، «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (٣٦٣ ـ ٣٦٤).

(٥) في الأصل: «هنا».

جاز[١]، خلافاً للشافعي[٢] في قوله: إن العقد باطل؛ لأن المنافع متقدرة بتقدير الأجرة، فكلما استوفى جزءًا من المنفعة استحق في مقابلته بقسطه من الأجرة، فلم يحتج إلى ضرب المدة إلا في اللزوم[٣].

مسألة ١٠٤٥

اشتراط الخيار في الإجارة جائز[٤]، خلافاً لأصحاب

---

(١) «المدونة» (٣ / ٣٩٢)، «المعونة» (٢ / ١٠٨٩ ـ ١٠٩٠)، «التفريع» (٢ / ١٨٥ ـ ١٨٦)، «الكافي» (٣٦٩)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١٩٦، ٢٨٤)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤٠ ـ ٤١)، «بلغة السالك» (٢ / ٢٨٤).
وهٰذه رواية ابن منصور عن أحمد واختيار الخرقي.
انظر: «المغني» (٦ / ١٨ ـ ١٩ ـ مع «الشرح الكبير»).

(٢) «الأم» (٤ / ٢٦ ـ ٢٧)، «المهذب» (١ / ٣٩٦)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٩٢)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٧٨)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣ / ٧٢).
وهٰذا قول أبي بكر وابن حامد من الحنابلة. انظر: «المقنع» (٢ / ١٩٩).
وتصح عند الحنفية في شهر واحد، ويفسد فيما عداه وقال بعضهم: العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضاً، وفاسد فيما عدا ذٰلك.
انظر: «بدائع الصنائع» (٥ / ٢٥٧٤)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٢٢ ـ ١٢٣)، «نتائج الأفكار» (٩ / ٩٣، ٩٤)، «حاشية رد المحتار» (٦ / ٥٠ ـ ٥١).

(٣) ورد حديث يدل على صحة مذهب المالكية، ولٰكنه لم يصح، كما تراه في «سنن ابن ماجه» (٢٤٤٦، ٢٤٤٧)، و «مسند أحمد» (١ / ٩٠).
وصح عند البيهقي (٦ / ١١٩ ـ ١١٠) عن فاطمة رضي الله عنها أن علياً رضي الله عنه نزع ليهودي كل دلو بتمرة. وانظر: «الإرواء» (١٤٩١).
وليس هناك جهالة في القول بالجواز، فإن الأجرة معلومة والمدة اللازمة للطرفين معلومة، ويستمر الطرفان في إمضاء العقد ولو طالت المدة أو يفسخه أحدهما أو كلاهما، وفي هٰذا مصلحة ظاهرة، وعليه عمل الناس اليوم في ديارنا التي نعيش.
وانظر: «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (ص ١١٤ ـ ١١٧).

(٤) «المدونة» (٣ / ٤٢٣، ٤٧٢)، «الكافي» (٣٦٩)، «المعونة» (٢ / ١٠٩٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٥٩)، «المنتقى» (٥ / ١١٤).
وهٰذا مذهب الحنفية.

الشافعي[١]، وسواء كانت معينة أو في الذمة؛ لأنه عقد مقصود به المعاوضة المحضة، فجاز اشتراط الخيار فيه؛ كالبيع[٢].

مسألة ١٠٤٦

لا يحتاج إلى وصف الراكب في كراء الدواب[٣]، خلافاً للشافعي[٤]؛ لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب غير متفاوتة؛ فلم يحتج إلى رؤية ولا وصف.

= انظر: «درر الحكام» (٢ / ١٥١)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٦٩)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٥٦٥ ـ ٥٦٧).

(١) «الأم» (٤ / ٢٦)، «الإقناع» (١٠٠)، «المهذب» (١ / ٤٠٧)، «التنبيه» (٨٤)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٠٤).

وقال النووي في «تصحيح التنبيه» (١ / ٣٧٩): «والأصح ثبوت خيار المجلس في إجارة مدة»، وهو الصحيح في «روضة الطالبين» (٥ / ٢٤٨)، وبه جزم الغزالي في «الوجيز» (١ / ١٤١).

وانظر: «تذكرة النبيه» (٣/ ١٨٠).

والمنع مذهب الثوري، وابن شبرمة، وطائفة من أهل الظاهر؛ كما في «بداية المجتهد» (٢ / ٢٣٥).

وأجاز الحنابلة خيار الشرط في إجارة الذمة، كإلزام ذمته خياطة ثوب، وفي إجارة عين مدة لا تلي العقد إن انقضى زمان الخيار قبل دخولها؛ فإن وليته أو دخلت في مدة إجارة فلا تصح؛ لأنه يؤدي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها، أو استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما لا يجوز، أما في غير هاتين الصورتين من صور الإجارة؛ فقد منع الحنابلة خيار الشرط فيها إلا القاضي أبا يعلى.

انظر: «الشرح الكبير» (٤ / ٦٧)، «المقنع» (٢/ ٣٥)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٦٩)، «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (١٢٢ ـ ١٢٣).

(٢) الإجارة بيع منافع، ولذا يجوز خيار الشرط فيها، والله أعلم.

(٣) «المعونة» (٢ / ١٠٩٩)، «التلقين» (٢ / ٤٠٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٧)، «معين الحكام» (٢ / ٤٩٨، ٥١٦).

(٤) «الأم» (٥ / ٣٥)، «مختصر المزني» (١٢٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٩٤)، «التنبيه» (٨٤)، «المهذب» (١ / ٤٠٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٤٢)، «روضة الطالبين» (٥/ ٢٠٤).

قال الإسنوي في «تذكرة النبيه» (٣ / ١٧٩): «وعدم اشتراط الرؤية في المحمل والراكب بل يكفي الوصف كما هو الصحيح في «المحرر» و «المنهاج» وفي «الروضة» أيضاً أنه الأصح». قال: «ولٰكن الجمهور على اشتراط الرؤية في الراكب».

مسألة ١٠٤٧

إذا أكراه مطلقاً فطالبه المكري بالمشي للرواح إن كانت العادة جارية بذلك لزمه إلا أن يشترط أو يكون لا يطيق المشي(١)، ولأصحاب الشافعي وجهان، أحدهما: لا يلزمه(٢)، فدليلنا أنهما إذا أطلقا العقد؛ فقد دخلا على العرف فلزمهما؛ كالنقد وصفة المسير وغيره(٣).

مسألة ١٠٤٨

عقد الإجارة هو عقد على المنفعة دون الرقبة(٤)، خلافاً لأحد وجهي أصحاب

---

(١) «الشرح الكبير» (٤ / ٢)، «الشرح الصغير» (٢ / ٢٦٣ ـ ٢٦٤)، «بلغة السالك» (٢ / ٢٦٤).

(٢) قال الماوردي في «الحاوي الكبير» (٩ / ٢٤٠): «وإن كان لهم عرف في الرواح كعرفهم في طريق مكة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يجب على الراكب أن يمشي للرواح اعتباراً بالعرف.

والثاني: لا يجب عليه تغليباً لحكم العقد».

وانظر: «حلية العلماء» (٥ / ٤١٠)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٣٢).

ومذهب الحنابلة: أن المستأجر ـ بعد انقضاء المدة ـ لا يلزمه ردُّ المأجور، ولا مؤنةُ رده، وإنما الذي يلزمه التخليةُ بين العين المؤجرة والمُؤْجر، ورفع يده عنها، وهو تسليمه لها، ومنهم من قرر هٰذا ما لم يكن هنالك شرط أو عرف.

انظر: «المبدع» (٥ / ٦٨)، «كشاف القناع» (٢ / ٦٤)، «الروض المربع» (٥ / ٣٦٨ ـ مع «حاشية ابن القاسم»)، «السلسبيل» (٢ / ٦٥٠)، «المجلة الحنبلية» (مادة ٥٧٩)، «العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة» (٢ / ٦٢٠ ـ ٦٢١).

(٣) الصحيح: الرجوع إلى العرف فيما على المؤجر والمستأجر، والعرف أصل كبير يرجع إليه في كثير من الشروط والحقوق التي لم تتقدر شرعاً ولا لفظاً. قاله الشيخ السعدي في «المختارات الجلية» (ص ٥٥).

وقال ابن تيمية في «قاعدة في العقود» (ص ١٥٤) ـ المطبوع خطأ بعنوان «نظرية العقد» ـ: «العقد المطلق يُحمل على عرف الناس وعاداتهم».

وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٠ / ٤١٥).

(٤) «المعونة» (٢ / ١٠٨٨)، «التفريع» (٢ / ١٨٥ ـ ١٨٦)، «الرسالة» (٢١٨)، «الكافي» (٣٦٨)، «التلقين» (٢ / ٣٩٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٤)، «المعيار المعرب» (٥ / ٣٣٤)، «حاشية =

الشافعي[1]؛ لأن العقد هو على ما في مقابلة العوض، وذلك هو المنفعة دون نفس الرقبة ألا ترى أن له التصرف في المنفعة بالبيع والهبة، وليس له أن يتصرف في الرقبة، ولأنا نتفق على أن عقد الإجارة يصح بلفظ البيع مثل أن يقول: بعتك داري شهراً، يريد الإجارة والمعاوضة على المنافع، فلو كان العقد قد تناول الدار؛ لكان بيعاً فاسداً لأن البيع لا يتوقت[2].

مسألة ١٠٤٩

إذا اكترى دابة من بغداد إلى واسط فتعدى بها إلى البصرة فعطبت؛ فالكراء لصاحبها من بغداد إلى واسط واجب، وما زاد على ذلك فصاحبها بالخيار: إن شاء أخذ كراء المثل من واسط إلى البصرة، وإن شاء ضمنه القيمة يوم التعدي[3]، وقال أبو حنيفة: لا أجرة عليه؛ لأنه غاصب[4]. والمنافع عنده لا تضمن

= الدسوقي» (٤ / ٢٠)، «بلغة السالك» (٢ / ٣٦٥)، «مواهب الجليل» (٥ / ٤١٠).
وهذا مذهب الحنفية.
انظر: «المبسوط» (٥ / ١٧٨، ١٧٩ و١٦ / ٣٣)، «الهداية» (٣ / ٢٣١)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٢٧)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٥٤)، «درر الحكام» (١ / ٣٨١).
وهو مذهب الحنابلة.
انظر: «الإنصاف» (٦ / ٣٠ ـ ٣١)، «المغني» (٦ / ٤ ـ مع «الشرح الكبير»)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٤٦).

(١) ومذهب أكثرهم أنه عقد على المنفعة، والمذكور مذهب أبي إسحاق المروزي.
انظر: «مغني المحتاج» (٢ / ٣٣٢ ـ ٣٣٣)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٩٠)، «روضة الطالبين» (٥ / ٢٠٧)، «فتح العزيز» (١٢ / ١٨١ ـ ١٨٢ ـ مع «تكملة المجموع»).

(٢) الإجارة تكون على كل ما يستوفى، مع بقاء أصله، سواء كانت عيناً أو منفعة.
انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٠ / ٥٣١، ٥٤٩ ـ ٥٥١ و٣٠ / ١٩٩، ٢٣٠)، «تقرير القواعد» (١ / ١٦٨ ـ بتحقيقي)، «القواعد النورانية» (ص ١٤٩ ـ ١٥٢)، «إعلام الموقعين» (٢ / ١٥).

(٣) «المدونة» (٣ / ٤٣١)، «التفريع» (٢ / ١٨٩)، «الكافي» (٣٧٢)، «المعونة» (٢ / ١٠٩٧ ـ ١٠٩٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٨)، «الخرشي» (٦ / ١٤١)، «تسهيل منح الجليل» (٣ / ٥٠٤)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٤٤٢)، «حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (٣ / ٥٧٤).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٢٨)، «اللباب» (٢ / ٨٨، ١٠٦)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٤٢٩)، =

بالغصب[١]، وقال الشافعي: إن لم يكن صاحبها معها ضمنها وإن كان معها فسلمت؛ فليس له أجرة المثل[٢].

فدليلنا على وجوب الكراء للزيادة أن هٰذا ليس بغاصب، وإنما هو متعد ابتداءً، وليس كل تعد غصباً دون أن يضامه اعتقاد إمساكها وأنه لا يردها إلى يد مالكها، فأما إذا اعتقد أنه يركبها ويردها؛ فليس بغاصب، وإنما هو متعد على المنافع، فلزمته الأجرة.

ودليلنا على أنه إن أراد التضمين كان له أنه متعد بإمساكها حابس لها عن أسواقها؛ فكان لصاحبها تضمينه إياها[٣].

مسألة ١٠٥٠

إجارة المشاع جائزة[٤]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تجوز إلا من

= «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٢٢ / رقم ١٨١٧). وانظره؛ ففيه زيادة فائدة.

(١) إلا في حالات ثلاثة، وهي: إذا كان المغصوب مال يتيم أو مال وقف أو كان مالكه قد أعده للاستغلال، وهٰذا رأي الحنفية عدا زفر.
انظر: «البدائع» (٩ / ٤٢٩)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٣٥)، «الفوائد الزينية» (ص ٤٠ ـ بتحقيقي)، «ضمان المنافع» (ص ٢٧٠).

(٢) «الأم» (٤ / ٣٥)، «مختصر المزني» (١٢٧)، «المهذب» (١ / ٤١٥)، «روضة الطالبين» (٥ / ١٤)، «الإقناع» (١٠٠)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٣٥، ٤٤٤).
وألزم الحنابلة الغاصب بضمان منافع العين المغصوبة، سواء استغل المنفعة أو لم يستغلها.
انظر: «الإنصاف» (٦ / ١٧٠)، «المغني» (٥ / ١٩٥)، «تقرير القواعد» (١ / ٣٣٥ ـ بتحقيقي).
وهٰذا مذهب الظاهرية. انظر: «المحلى» (٨ / ١٣٥).

(٣) الراجح أنه يُلزَم الغاصبُ بضمان منافع المغصوب بمجرد استيلائه على العين المغصوبة، وحرمان مالكها من الاستفادة منها، سواء استغلها الغاصب أو لم يستغلها، وهٰذا مذهب جماهير أهل العلم.
انظر: «ضمان المنافع» (ص ٢٧١).

(٤) «المدونة» (٣ / ٤٤٨)، «المعونة» (٢ / ١١٠٣)، «بلغة السالك» (٢ / ٢٦٨)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١٨٥)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٦).
وهٰذا قول مشايخ الحنفية ببلخ، وهم: محمد بن سلمة، ونصر بن يحيى.=

الشريك[١]؛ لأن كل معاوضة جاز أن يعاوض عليها الشريك جاز أن يعاوض عليها الأجنبي، أصله البيع، ولأن كل معنى لا يمنع العقد على المنافع من الشريك لم يمنع العقد عليها من غيره، أصله الغلاء والرخص والشركة في شقص آخر، ولأنه عقد إجارة على ملك له معروف يمكن تسليمه إلى المستأجر فجاز ذٰلك، أصله المقسوم، ولأن كل صفة لم تمنع البيع لم تمنع الإجارة لكل ما يجوز بيعه، أصله الحيوان[٢].

= انظر: «بدائع الصنائع» (٤ / ١٩٢)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٣٠).
وهٰذا مذهب الحنابلة والظاهرية.
انظر: «الشرح الكبير» (٥ / ١٩٣ ـ ١٩٤)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٢٥)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٥٥)، «المحلى» (٩ / ٣١).

(١) «مختصر الطحاوي» (١٣١)، «اللباب» (٢ / ١٠٠)، «المبسوط» (١٥ / ١٤٥)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٥٢٨)، «بدائع الصنائع» (٤ / ١٩٢)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٢٩، ١٣٠)، «إيثار الإنصاف» (٣٣٤ ـ ٣٣٥)، «رمز الحقائق» (٢ / ١٥٤)، «نتائج الأفكار» (٩ / ١٠٧)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٨٥)، «درر الحكام» (٢ / ٢٣١).
وقال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٢٤ / رقم ١٨٢١): «قال أبو حنيفة: لا تجوز إجارة المشاع إلا في شريكه، وهو قول زفر. وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي: تجوز إجارة المشاع».
قال: «وذكر عمرو بن خالد في اختلاف زفر وأبي يوسف: الذي رواه ما يوجب أن لا تجوز إجارة المشاع من الشريك في قول أبي حنيفة وزفر».
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «مغني المحتاج» (٢ / ٣٣٥)، «أسنى المطالب» (٢ / ٤٠٥)، «الأنوار لأعمال الأبرار» (١ / ٣٩٤)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٦٦).

(٢) الراجح جواز إجارة المشاع؛ لأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع، أخرجه الجماعة، ولورود هٰذا عن عدد من الصحابة والتابعين، ولضعف دليل المانعين، وهو: «نهى عن قفيز الطحان»، قال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٠ / ١١٣): «هٰذا الحديث باطل لا أصل له، وليس في شيء من كتب الحديث المعتمدة، ولا رواه إمام من الأئمة، والمدينة النبوية لم يكن بها طحان يطحن بالأجرة ولا خباز يخبز بالأجرة، وأيضاً؛ فأهل المدينة لم يكن لهم على عهد النبي ﷺ مكيال يسمى القفيز، وإنما حدث هٰذا المكيل لما فتحت العراق وضرب عليهم الخراج؛ فالعراق لم=

مسألة ١٠٥١

إذا اكترى دابة إلى موضع معلوم وسلمها إلى المكتري ومضت مدة لو أراد الانتفاع بها أمكنه؛ فقد استقرت عليه الأجرة[(١)]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تستقر[(٢)]؛ لأنه قد وجد التمكين من استيفاء المنفعة المعقود عليها، فحل ذلك محل استيفائها في استقرار الأجرة كما لو أخذ دابة وسلمها إليه، فامتنع من ركوبها ومشى إلى الموضع وهو يقودها خلفه، فإن الأجرة تستقر عليه بلا خلاف، وكذلك في مسألتنا[(٣)].

= يفتح على عهد النبي ﷺ».

ويضعّف القول بالمنع ما يذكر قائلوه من الحيلة في جواز إجارته بأن يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فإنه عندهم جائز؛ لأن الشيوع الطارىء لا يفسدها، ويحكم الحاكم بجوازه؛ كما في «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٨٥ ـ ٣٨٦)، و «درر الحكام» (٢ / ٢٣١).

انظر تفصيل الترجيح في: «المحلى» (٩ / ٣١ ـ ٣٢)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٠ / ١١٣)، «إعلام الموقعين» (٢ / ٣٢٨ ـ ط محمد محيي الدين)، «نيل الأوطار» (٥ / ٣٠٦)، «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (ص ١٩٢ ـ ١٩٧).

(١) «المدونة» (٣ / ٤٢٦، ٤٢٨)، «التفريع» (٢ / ١٨٤)، «الكافي» (٣٦٩ ـ ٣٧٠)، «حاشية العدوي» (٣ / ٥٧٤)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٤٢ و٤ / ٤)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١٨٤، ١٨٥).

وهذا مذهب الشافعية.

انظر: «أسنى المطالب» (٢ / ٤٠٩)، «حاشية الشرقاوي» (٢ / ٨٥، ٨٦)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٢٦٣).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٦ / ١٤ ـ مع «الشرح الكبير»)، «الإنصاف» (٦ / ٨٠)، «مطالب أولي النهى» (٣ / ٦٨٦)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٨٠)، «هدية الراغب» (٣٨٢)، «تقرير القواعد» (١ / ٣٣٥ ـ بتحقيقي).

(٢) «المبسوط» (١٥ / ٧٦)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٤٧٧)، «رمز الحقائق» (٢ / ١٤٩)، «بدائع الصنائع» (٤ / ٢٠١)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١١١)، «درر الحكام» (١ / ٣٨٦)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ١٤).

(٣) ما ذكره المصنف وجيه وقوي، وأصله وجوب الصداق بعقد النكاح، والثمن بعقد البيع، وقد ملك المكتري المنفعة؛ فإنه قد ثبت في المسألة أن المنفعة في حكم المقبوضة بالتمكين، فيلزم تسليم ما=

مسألة ١٠٥٢

الكراء الفاسد إذا قبضت العين؛ فعليه أجرة المثل، سواء استعملها أو لم يستعملها[١]، وقال أبو حنيفة: إن لم يستعملها فلا أجرة عليه[٢].

ودليلنا أن كل ما لو تلف في يده من عقد صحيح كان من ضمانه، أصله الأعيان، ولأنها عين قبضت على وجه الإجارة؛ فكان تلف المنفعة فيها مضموناً بالبدل، أصله الإجارة الصحيحة، ولأن تلف المنافع في العين المقبوضة على وجه الإجارة يوجب بدلها على من تلف في قبضه، أصله إذا استوفاها بنفسه[٣].

= في مقابلتها من الأجرة، ولأن كل ما جاز تعجيل العوض فيه بالشرط وجب حلوله عند عدم الشرط، قياساً على البيع؛ فإنه لما جاز تعجيل الثمن فيه بالشرط ملكه البائع عند الإطلاق بالعقد؛ لأن المسبّبات تترتب على أسبابها، ما لم يوجد مانع من شرط أو غيره، وعقد الإجارة سبب صالح لذٰلك لتوافر أركانه واستكمال شروطه، ويجوز تعجيل العوض فيه بالشرط، فجاز تعجيل الأجرة فيه بالعقد.

(١) «المدونة» (٣ / ٤٢٧)، «التفريع» (٢ / ١٨٤ ـ ١٨٦)، «الكافي» (٣٦٨ ـ ٣٧٠)، «المعونة» (٢ / ١١٠١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٨، ٤٣٩).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الإقناع» (٢ / ٧٢)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٣٢٣).
وهو رواية عند الحنابلة.
انظر: «المغني» (٦ / ١٧ ـ مع «الشرح الكبير»)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٨١).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٢٨ ـ ١٢٩)، «اللباب» (٢ / ١٠٣ ـ ١٠٤)، «المبسوط» (١٥ / ١٥١، ١٦ / ٣٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٣٣ / رقم ١٨٣٢)، «حاشية رد المحتار» (٦ / ٤٦)، «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٥ / ١٢١).

(٣) التمكن من استيفاء المنافع كاستيفائها في حبس العامل نفسه للعمل، ولأن العامل إذا حبس نفسه استعداداً للعمل ولم يعمل بسبب من صاحب العمل استحق الأجرة؛ لأن المستأجر هو الذي قصر في استعماله، ولا يجوز أن يضيع وقت حبسه نفسه للعمل هدراً، فوجب الأجر في العقد الفاسد كالصحيح؛ لأن المنافع إذا تلفت تحت يد المستأجر لزمه عوضها، والله أعلم.
انظر: «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (ص ٣٢٧).

مسألة ١٠٥٣

إذا استأجر رجلان حانوتاً، أحدهما قصار والآخر حداد ولم يمكن اجتماعهما فيه، فإن تراضيا بالمهايأة، وإلا أكراه الحاكم عليهما ولا يكون لأحدهما أن يقعد في موضع يضر بالآخر، ولا يجبران على المهايأة[١]، وقال أبو حنيفة: أما أن يقعد أحدهما في موضع والآخر في موضع آخر أو يتهايئا[٢].

ودليلنا أنه لما لم يكن سبيل إلى استيفائهما المنفعة في حال واحدة لم يكن لأحدهما أن يجبر الآخر على أن ينفرد بالانتفاع لأن ذٰلك يضر به؛ فلم يبق إلا أن يؤاجر عليهما لأن القصار يقول: عملي متصل لا يمكنني تركه يوماً وعمله يوماً، فلا يلزمني المهايأة، وهٰذه حجة صحيحة.

مسألة ١٠٥٤

تجوز الإجارة في القصاص في النفس وما دونها[٣]، وقال أبو حنيفة: تجوز فيما دون النفس ولا تجوز في النفس[٤]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وإذا كان مكتوباً ولم يكن صاحب الدم ممن يحسن أن يستوفيه لنفسه ولا يلزم غيره أن ينوب عنه بغير عوض؛ لأنه ليس من فروض الكفايات؛ فلم يبق إلا الاستئجار عليه، ولأنه قصاص أبيح أخذه؛ فجاز أخذ

---

(١) «جامع الأمهات» (ص ٤٣٩).

(٢) «المبسوط» (١٥ / ١٤٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٣٥ / رقم ١٨٣٥)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ١٦٦، ١٧٠).

(٣) «جواهر الإكليل» (٢ / ١٨٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٨)، «مواهب الجليل» (٥ / ١٨١).
وهٰذا مذهب الشافعية والحنابلة.
انظر: «حلية العلماء» (٥ / ٤٤١)، «المجموع» (١٣ / ٥٤١)، «المغني» (٥ / ٣٤٤ ـ ٣٤٥)، «الروض المربع» (٣ / ٢٦٨).

(٤) «المبسوط» (١٦ / ٣٩ ـ ٤٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٩٤ / رقم ١٧٧٦)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢١ ـ ٢٢)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٥٥)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٢٠٦ و٥ / ٣٥٣).

العوض على استيفائه لصاحبه، أصله ما دون النفس، ولأنه إتلاف نفس مباح إتلافها؛ فجازت الإجارة عليه؛ كذبح الشاة، ولأن كل فعل لو استوفاه صاحبه بنفسه أو متطوع عليه لجاز، فكذلك إذا استأجر عليه، أصله سائر الأعمال المباحة[(١)].

مسألة ١٠٥٥

الأجرة في القصاص على المقتص له[(٢)]، خلافاً للشافعي في قوله: إنه على المقتص منه[(٣)]؛ لأنه ليس على المقتص منه أكثر من التخلية بين نفسه وبين صاحب الدم؛ فلم تكن الأجرة عليه كما لو باع ثمرة على رؤوس النخل؛ فلم يلزمه أجرة لمن يقطعها.

مسألة ١٠٥٦

إذا قال له: إن خطت هٰذا القميص اليوم فلك درهم [وإنْ خطته غداً فلك نصف درهم][(٤)]؛ فلا يجوز، والعقد فاسد، وإذا عمله؛ فله أجرة المثل[(٥)]، وقال أبو

---

(١) القصاص حق يجوز التوكيل في استيفائه، لا يختص فاعله بكونه من أهل القربة، فجاز الاستئجار عليه، وقول المانعين: إن عدد الضربات يختلف، وهو مجهول، يرد عليه بخياطة الثوب، فإن عدد الغرزات مجهول، وكذا قولهم: محله غير متعيّن. قلنا: هو متقارب؛ فلا يمنع ذٰلك من صحته؛ كموضع الخياطة من حاشية الثوب.

(٢) «جواهر الإكليل» (٢ / ١٨٧).
وقال القرافي في «الذخيرة» (٥ / ٤٢٢): «قال عبدالوهاب في «الإشراف»: والأجرة على المقتص لأن المنفعة له، والواجب على الجاني إنما هو التمكين».
وهٰذا مذهب الحنفية والحنابلة. انظر: «المغني» (٥ / ٣٤٥).

(٣) «حلية العلماء» (٥ / ٤٤٢).

(٤) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل والمطبوع، وأثبته من المصادر، ولا يستقيم المعنى إلا به.

(٥) «المدونة» (٣ / ٤١٩ ـ ط دار الكتب العلمية)، «الذخيرة» (٥ / ٣٧٧)، «جواهر الإكليل» (٢ / ١٨٥)، «جامع الأمهات» (ص ٤٤٠)، «المقدمات الممهدات» (٢ / ٣٠١)، «البيان والتحصيل» (٨ / ٤٣٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١١)، «بلغة السالك» (٢ / ٢٦٩ ـ ٢٧٠).
وهٰذا مذهب الشافعية وزفر.
انظر: «المهذب» (١ / ٤٠٢ ـ ٤٠٣)، «المهذب» (١ / ٤٠٢ ـ ٤٠٣)، «روضة الطالبين» (٥ / =

حنيفة: الشرط الأول جائز والثاني فاسد[١]. فإن خاطه اليوم فله الدرهم وإن خاطه غداً فله أجرة المثل، وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان معاً جائزان[٢].

فدليلنا أن هٰذا من باب بيعتين في بيعة مثل قوله: بعتك هٰذا بعشرة نقداً أو بخمسة عشر إلى أجل؛ فقد وجب بأحد الثمنين، فإن منعوا ذٰلك دللنا عليه بالخبر، وهو نهيه عليه السلام عن بيعتين في بيعة[٣]، وإن سلموا قلنا: إنه عقد معاوضة جعل العوض فيه أحد بدلين مختلفين لا يدري ما يستحق منهما، فأشبه ما ذكرناه، ولأنه أحد العوضين في عقد الإجارة؛ فلم يجز أن يأخذ شيئين مختلفين يختلف العوض فيهما، أصله إذا عقداه على أنه قد وجب عليه أن يخيط هٰذا القميص بدرهم أو يبني هٰذا الحائط بدرهمين.

فدليلنا على أبي حنيفة أنه أحد البدلين المشروطين في عقد الإجارة؛ فوجب أن يكون فاسداً يجب به أخذ المثل؛ كالبدل في الشرط الثاني[٤].

= ١٧٥)، «أسنى المطالب» (٢ / ٤٠٥، ٤١١)، «حاشية الشرواني» (٥ / ٣٠١)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٣٧).

(١) «المبسوط» (١٥ / ٩٩ ـ ١٠٠ و١٦ / ٤٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٩٥ / رقم ١٧٧٧)، «رمز الحقائق» (٢ / ١٥٥)، «شرح فتح القدير» (٧ / ٢٠٨ ـ ٢١٢)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٣٩)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٦٩)، «نتائج الأفكار» (٩ / ١٣٠، ١٣٣).
وانظر مذهب الحنابلة في: «المغني» (٦ / ٨، ٩ ـ مع «الشرح الكبير»)، «الإنصاف» (٦ / ٤٥).

(٢) «المبسوط» (١٥ / ٩٩ ـ ١٠٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٩٥)، «الفتاوى الهندية» (٤ / ٤٢٣)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٣٨).

(٣) أخرجه الدارمي (١٣٧٩)، والترمذي (١٢٣١)، وأبو داود (٣٤٦١)، والنسائي (٧ / ٢٩٥)، والبيهقي (٥ / ٣٤٣) في «سننهم»، وأحمد (٢ / ٤٣٢، ٤٧٥، ٥٠٣)، وأبو يعلى (٦١٢٤) في «مسنديهما»، وابن الجارود في «المنتقى» (٦٠٠)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٩٧٣ ـ «الإحسان»)، والبغوي في «شرح السنة» (٨ / ١٤٢ / رقم ٢١١١)؛ من حديث أبي هريرة.
وإسناده حسن، والحديث صحيح بشواهده.
انظر: «السلسلة الصحيحة» (٢٣٢٦).

(٤) التحديد المذكور ليس فيه غرر، ولا جهالة، ولا مخاطرة، بل فيه مصلحة، وهي الحرص على إنهاء العمل في أقرب وقت ممكن، وابتعاد عن التكاسل والمماطلة، ولا سيما ما شهر من عرف الصناع =

مسألة ١٠٥٧

إذا ركب أو اغتل في الإجارة الفاسدة؛ فعليه أجرة المثل[١]، وقال أبو حنيفة: عليه الأقل من المسمى وأجرة المثل[٢].

فدليلنا أن المنافع أحد نوعي المعاوضات كالأعيان، وقد ثبت أنه لو ابتاع بيعاً فاسداً فأتلفه أن عليه قيمته، كذلك الإجارة، ولأنها منفعة استوفيت بعقد فاسد مقصود بالمعاوضة؛ فوجب أن يلزم أجرة المثل كما لو كانت أقل من المسمى[٣].

= في التراخي في أعمالهم، فإذا زاده على أن يتفرغ له ويعجله جاز؛ لأنه أخذ ما زاده على فعل ما يقدر عليه، ويجوز له ولا يلزمه وعليه أرى الشرطين جائزين، والله أعلم. وانظر: «البيان والتحصيل» (٨ / ٤٣٩).

(١) «المدونة» (٣ / ٤٢٧)، «التفريع» (٢ / ١٨٤ ـ ١٨٦)، «الكافي» (٣٦٨ ـ ٣٧٠)، «التلقين» (٢ / ٤٠٣)، «المعونة» (٢ / ١١٠١)، «البيان والتحصيل» (٨ / ٤٢٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٨).
وهذا مذهب زفر من الحنفية.
انظر: «تحفة الفقهاء» (٣ / ٥٣٠).
وهو مذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم.
انظر: «روضة الطالبين» (٥ / ٢٦٤)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٤٢)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٣٢٣)، «المغني» (٦ / ١٧ ـ مع «الشرح الكبير»)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٨١)، «المحلى» (٩ / ١٨).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٢٩)، «اللباب» (٢ / ١٠٣ ـ ١٠٤)، «المبسوط» (١٦ / ٣٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٣٤ / رقم ١٨٣٢)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٥٣٠)، «الاختيار» (٢ / ٥٧)، «البحر الرائق» (٧ / ٣٤٠)، «خليج البحار» (ق ٣٨٠)، «حاشية رد المحتار» (٦ / ٤٦)، «العقود الدرية» (٢ / ١٩٢)، «درر الحكام» (٢ / ٢٣١).

(٣) قال الله تعالى: ﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾ [البقرة: ١٩٤] وجه ابن حزم الاستدلال بالآية على هذه المسألة بقوله في «المحلى» (٩ / ١٨): «فمن استغل مال غيره بغير حق؛ فهي حرمة انتهكها، فعليه أن يقاص بمثله من ماله».
فمن استغل منفعة غيره وجب أن يقاص ببدلها من مال المستأجر لأنه حرمة انتهكها بغير حق، فوجب عليه قيمتها.
ولا يمكن إيجاب المسمى من الأجرة؛ لأن التسمية فاسدة لفساد العقد، فكان الواجب هو أجر المثل؛ لأنه قيمة المنافع المستوفاة، سواء زاد على المسمى أو نقص عنه.

مسألة ١٠٥٨

إذا اكترى دابة بعينها أو في الذمة بدينار وشرط النقد جاز أن يعطيه بالدينار دراهم[١]، وقال أبو حنيفة[٢] وأبو يوسف[٣]: لا يجوز ذٰلك.

ودليلنا أن الأجرة واجبة بالعقد، وأنه لا يستحق بدلها إلا بالشرط، فإذا وجد الشرط صار الأداء مستحقاً؛ فيكون كأنه أعطى دراهم عن دنانير مستحقة عليه في الحال، فجاز كما لو كان له على رجل دينار حال فأعطاه به دراهم فجاز[٤].

مسألة ١٠٥٩

إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجرة أو وهبها له أو تصدق بها عليه قبل قبضها جاز، ولم تبطل الإجارة، سواء كان في دابة معينة أو في الذمة كانت الأجرة معينة أو في الذمة[٥]، وقال أبو يوسف: الإجارة ثابتة والهبة

---

(١) «المدونة» (٣/ ٤٩٥ ـ ط دار الكتب العلمية).

(٢) «المبسوط» (٤ / ٢٨ ـ ٢٩)، «تنبيه الرقود على مسائل النقود» (٦٣ ـ ٦٤) ضمن المجلد الثاني من «مجموعة رسائل ابن عابدين».

(٣) «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٢٨ ـ ٢٩)، ونقله عنه ابن الهائم (ت ٨١٥هـ) في «نزهة النفوس في بيان حكم التعامل بالفلوس» (ص ٦٨).
وانظر مذهب الشافعية في: «المجموع» (٩ / ٣٣٣)، «نزهة النفوس» (ص ٧٣، ٧٦ (مهم)).
ومذهب الحنابلة في: «منتهى الإرادات» (٣ / ١٨٦).

(٤) القول بالجواز هو المتعيَّن، ولا سيما إن علمنا أن ذكر الدينار والدرهم في هٰذه الأزمنة لبيان مقدار الثمن لا لبيان نوع النقد ولا جنسه، فزال الغرر بزوال تغير قيمتها، ولثبوت ذٰلك في الذمة دون زيادة أو نقصان، سواء كانت ديناراً أو درهماً، وبهٰذا يفتي متأخرو الحنفية، على ما أفاده ابن عابدين، والله أعلم.
وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (١٩ / ٢٥٠ ـ ٢٥١)، «أحكام صرف النقود والعملات» (ص ١٤٤ ـ ١٥١)، «استبدال النقود والعملات» (٥٦) للسالوس، «الموسوعة الفقهية الكويتية» (٣ / ٢٣١)، ومسألة (رقم ١٠٦٤).

(٥) «المدونة» (٦ / ٩١ ـ ط صادر)، «الكافي» (٥٤١)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٢١٣)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤٤٥)، «شرح الزرقاني على خليل» (٨ / ١٩٧).

باطلة[١].

فدليلنا أنه عقد معاوضة لا يدخل في تأخير القبض فيه الربا، فجاز الإبراء من العوض فيه قبل قبضها؛ كالبيع[٢].

مسألة ١٠٦٠

يجوز أن يستأجر الظئر وغيرها من كل أجير بمنفعته وكسوته ويكون له ما يكون لمثله من الوسط[٣]، ووافقنا أبو حنيفة في الظئر وحدها[٤]، وقال الشافعي: لا

---

(١) «شرح معاني الآثار» (٤ / ٩٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٥٠)، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٨٥)، «فتاوى قاضي خان» (٣ / ٢١٤)، «حلية العلماء» (٦ / ٦٤).

(٢) تمليك المنفعة للغير مدة العمر تسمى (العُمرى)، وذهب الجمهور أنها ملك للآخذ، ولا ترجع إلى الأول إلا إن صرح باشتراط ذلك، ودليله ما أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الهبة، باب ما قيل في العمرى والرقبى، ٢٦٢٥) عن جابر؛ قال: «قضى النبي ﷺ بالعُمرى أنها لمن وُهبت له». وفي رواية النسائي عن ابن عباس رفعه: «العمرى لمن أعمرها والرقبى لمن أرقبها، والعائد في هبته كالعائد في قيئه». فشرط الرجوع المقارن للعقد مثل الرجوع الطارىء بعده، فنهى عن ذلك وأمر أن يبقيها مطلقاً أو يخرجها مطلقاً، فإن أخرجها على خلاف ذلك بطل الشرط وصح العقد مراغمة له؛ كإبطال شرط الولاء لمن باع عبداً. قاله ابن حجر في «الفتح» (٥ / ٢٤٠).
وانظر: «الأشباه والنظائر» (ص ٣٢٦) للسيوطي، «الملكية ونظرية العقد» (٦٨) لأبي زهرة، «أحكام المعاملات الشرعية» (٣٩)، «أحكام الإسقاط» (ص ٢٦٨ ـ ٢٦٩، ٣٣١ ـ ٣٣٣)، «نظرية الملكية والعقود» (٣٠٢) لبدران.

(٣) «المدونة» (٣ / ٤١٠ ـ ٤١٢)، «التفريع» (٢ / ١٨٧)، «الكافي» (٣٧٤ ـ ٣٧٥)، «المعونة» (٢ / ١١٠٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٢٧)، «أسهل المدارك» (٢ / ٣٢٤)، «مواهب الجليل» (٥ / ٣٨٩، ٤١٠)، «معين الحكام» (٢ / ٤٨٤).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٨ / ٧٢)، «الإنصاف» (٦ / ١٢)، «المقنع» (٢ / ١٩٧)، «الشرح الكبير» (٦ / ٦٨)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٧١)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٥٠)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٥١ ـ ٥٥٣)، «تقرير القواعد» (٢ / ٥٦ ـ بتحقيقي)، «الروض المربع» (٥ / ٢٩٩ ـ ٣٠١ ـ مع «حاشية ابن قاسم»)، «المجلة الحنبلية» (المواد ٦٥٤، ٧٠٢، ٧٠٣).

(٤) «اللباب» (٢ / ١٠١)، «المبسوط» (١٥ / ١١٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٠٣ / رقم ١٧٨٣)، «الاختيار» (٢ / ٥٩)، «بدائع الصنائع» (٤ / ١٩٣)، «رد المحتار» (٦ / ١٨)، «تبيين =

يجوز لا في الظئر ولا في غيرها[(١)].

فدليلنا أن الأغراض في المنافع يقوم العرف فيها مقام التسمية والاشتراط، أصله نفقة الزوجة وصفة ركوب الراكب، فكذٰلك عقد الإجارة، ولأنه لما جاز أن تكون المنفعة مجهولة ويرجع إلى الوسط ويقتنع في معرفتها بالعرف؛ فكذٰلك بدلها.

ودليلنا على أبي حنيفة أنه عقد إجارة يصح بالطعام والكسوة كالظئر[(٢)].

مسألة ١٠٦١

أجرة القسام على قدر الرؤوس دون الأنصباء[(٣)]، ومن أصحابنا من يقول بقدر

= الحقائق» (٥ / ١٢٧)، «فتح القدير» (٩ / ١٠١)، «بدائع الصنائع» (٤ / ١٩٣)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ١٩٣)، «فتح الله المعين على شرح الكنز» (٢ / ١٥٤).

(١) «الأم» (٤ / ٢٥، ٣٨)، «مختصر المزني» (١٢٦)، «الإقناع» (١٠٠)، «المجموع» (١٥ / ٢٧٤)، «الروضة» (٥ / ١٩٢، ٢٠٨)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٣٢)، «أسنى المطالب شرح روض الطالب» (٢ / ٤٠٤).

(٢) محل الخلاف بين الفقهاء في المسألة هو اشتراط الطعام والكساء المجهول؛ فمناط القول بالمنع من جعل الطعام والكساء أجرة في عقد العمل هو الجهالة المفضية إلى النزاع والمانعة من تنفيذ العقد، فإذا انتفت الجهالة جاز ذٰلك، ولذٰلك قال منلا مسكين في «فتح الله المعين» (٢ / ١٥٤): «فإن سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها جاز إجماعاً»، وفي «الشرح الكبير» (٦ / ٧٠) للحنابلة: «وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصونة كما يوصف في السَّلم جاز ذٰلك عند الجميع»، وفي «تبيين الحقائق» (٥ / ١٢٧): «والجهالة إذا لم تفض إلى المنازعة لا تمنع الصحة».
قلت: وضبط ذٰلك بالعرف في الطعام والشراب يقوم مقام العلم والتسمية، قال الأستاذ العلامة أحمد إبراهيم في «المعاملات الشرعية المالية» (ص ١٦٣ ـ ١٦٤): «والجهالة ليست بمانعةٍ لذاتها، بل لكونها مفضيةً إلى النزاع، فإذا انتفى ما يؤدّي إلى الظلم والنزاع بسبب الجهالة». قال: «صح التعامل، والعرف أصل عظيم يُرْجع إليه في ذٰلك بعد الشرع».
وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٠ / ٤١٥)، «زاد المعاد» (٥ / ١١٨)، «إعلام الموقعين» (٢ / ٣٩٣ و٣ / ٣، ٥)، «إعلام الموقعين» (٤ / ٦)، «العرف وأثره في فقه المعاملات المالية» (٢ / ٦٠٧ ـ ٦٠٩)، «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (١٧٨ ـ ١٨١).

(٣) «المدونة» (٤ / ٢٧١)، «التفريع» (٢ / ٢٩٧)، «الكافي» (٤٥٠)، «المعونة» (٢ / ١٢٩٠)،

الأنصباء[١]، وهو قول الشافعي[٢].

فدليلنا أن صاحب النصيب القليل يساوي صاحب النصيب الكثير فيما يستحق به القاسم عليهما أجرة القسم، وهو تمييز[٣] حقه من حق شريكه، فيجب أن يتساويا في الأجرة لتساويهما[٤] في المعنى الذي يستحق عليهما، ولأنها أجرة وجبت لإقرار حق بين مشاركين يتساويان في العمل فيها، فوجب أن يستحق الأجرة عليهما بالتساوي، أصله إذا كانت أنصباؤهم متساوية.

مسألة ١٠٦٢

إذا أذن لامرأته أن تؤاجر نفسها ظئرًا لم يكن له وطؤها إلا برضا المستأجر ولو آجرت نفسها بغير إذنه كان مخيرًا بين الفسخ أو الوطء فإن لم يختر الفسخ؛ فالمستأجر بالخيار بين أن يرضي بالإجارة على أن الزوج يطأ أو يفسخ[٥]، وقال أبو حنيفة إذا أذن لها فله وطؤها في منزله وليس له وطؤها في منزل القوم[٦].

ودليلنا أن المنفعة إذا لم تسلم للمستأجر أو أسلمت له بنقص أو عيب؛ فله الرضا وله الفسخ ووطء الظئر عيب عند الناس لأنهم يكرهونه ولأنه ضرر وعيب

= «جامع الأمهات» (ص ٤٣٦)، «البيان والتحصيل» (٨/ ٥٠٠)، «فصول الأحكام» (٢٠٣ ـ ٢٠٤)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦/ ٢٠٣)، «جواهر الإكليل» (٢/ ١٦٥).

(١) هو قول أصبغ كما في «فصول الأحكام» (٢٠٤)، وهو قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية. وانظر: «مختصر الطحاوي» (٣٣١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٠٣/ رقم ١٧٨٤).

(٢) «الأم» (٦/ ٢١٢)، «المهذب» (٢/ ٣٠٧).

(٣) في المطبوع: «تعيين».

(٤) في المطبوع: «تساويهما».

(٥) «المدونة» (٣/ ٤٥١ ـ ٤٥٢ ـ ط دار الكتب العلمية)، «جواهر الإكليل» (٢/ ١٨٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٥)، «معين الحكام» (٢/ ٤٨٤)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٣).

(٦) «المبسوط» (١٥/ ١٢٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١١٠/ رقم ١٧٩٨)، شرح العيني» (٢/ ١٥٤)، «البناية» (٧/ ٩٥٥) «مجمع الأنهر» (٢/ ٣٨٧)، «تبيين الحقائق» (٥/ ١٢٨)، «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٥٣).

في اللبن مفسد له، وربما حملت على الرضاع فاستحال اللبن، وذلك ضرر بالطفل؛ فكان له فسخ الإجارة، ولأنها مستأجرة على الرضاع لم يرض مستأجرها برضاعها مع الوطء؛ فكان له الخيار، أصله المطلقة إذا تزوجت ودخل بها فإن لأبي الولد نزعه منها[1].

مسألة ١٠٦٣

يجوز أن يستأجره على أن يبني له حائطاً والآجر واللبن من عند الأجير[2]،

---

(١) الإجارة عقد لازم من الطرفين، ليس لواحدٍ منهما فسخها ما دام استيفاء المنفعة المعقود عليها ممكناً، فعند تعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها؛ فإنها تنفسخ، ووطء المرضع لا يضرّ، دليله: ما أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب جواز الغيلة وهي وطء المرضع وكراهة العزل، رقم ١٤٤٢) عن جُدَامة بنت وهب الأسدية أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لقد هممتُ أن أنهى عن الغِيْلَة، حتى ذكرتُ أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضرُّ أولادهم».
نعم، تفسخ لأعذار خاصة، ترجع إلى المؤجر أو المستأجر، كمرضها المعدي، أو المؤثر على الصبي، أصله: لو مات الطفل أو المرضعة في حال استئجارها لإرضاعه.
انظر تفصيل ذلك في: «المدونة» (٣ / ٤١٠ ـ ٤١١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٣١ ـ ٢٣٢)، «الإشراف» (رقم ٣٣٧) لابن المنذر، «المغني» (٥ / ٤٤٨ ـ ٤٤٩)، «الإنصاف» (٦ / ١١ ـ ١٦، ٣٠ ـ ٣١، ٥٨)، «نوادر الفقهاء» (٢٦٠ ـ ٢٦١)، «البناية» (٩ / ٩٥٥)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٨٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٣٠ ـ ٤٣١)، «روضة الطالبين» (٥ / ١٨٦)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٣٧)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٦٢ ـ ٥٦٣ و٥ / ٢١٨)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٥٩)، «الروض المربع» (٦ / ٣٠٦ ـ ٣٠٨ ـ مع «حاشية ابن القاسم»).

(٢) «المدونة» (٣ / ٤٢٤ ـ ط دار الكتب العلمية)، «معين الحكام» (٢ / ٤٩٠)، «البيان والتحصيل» (٨ / ٤٩٦).
وهذا مذهب الشافعية.
ونقل الشاشي القفال في «حلية العلماء» (٥ / ٤٣٦) هذه المسألة، وقال قبلها: «وحكى أصحاب مالك...»، ثم قال: «وذكر القاضي أبو الطيب رحمه الله في الصبغ وجهاً آخر: أنه لا يجوز، وكذلك الحبر إذا شرطه في حق الوراق».
قلت: وقوله «أصحاب مالك» في جل الكتاب هو القاضي عبدالوهاب، ورتب كتابه على ترتيب كتابنا هذا، ونقل منه كثيراً من المسائل، ويعقب على ذلك بقوله في حال الموافقة: «وبه قال مالك»، وزاد عليه فروعاً كثيرة، وقد طبع في ثمانية مجلدات، بتحقيق أستاذنا الشيخ ياسين درادكة شفاه الله وحفظه.

وقال أبو حنيفة: الإجارة فاسدة[١].

ودليلنا أنه ليس في هٰذا أكثر من أنه جمع بين عقد بيع وإجارة، وذٰلك لا يمنع الصحة، كما لو اشترى منه داراً أو اكتراه للخدمة فيها شهراً والعوض في الجميع مئة درهم، ولأن اشتراط ما تتم به الصفقة التي يستأجر عليها الصانع إذا كان معروفاً مباحاً لا يمنع صحة العقد، أصله إذا استأجره على أن يصبغ له ثوباً والصبغ من عند الصباغ أو يكحل بكحل من عنده أو يخيط له قميصاً بخيوط وإبرة من عنده[٢].

مسألة ١٠٦٤

إذا اكترى منه دابة بدراهم[٣] فأعطاه بها دنانير ثم انفسخت الإجارة بموت الدابة المعينة أو غيره رجع بما وزن وهي الدنانير ولو أعطاه بالدراهم عوضاً رجع بالدراهم[٤]، وقال أبو حنيفة: يرجع بما وقع العقد عليه دون وزن[٥].

فدليلنا أنه قبض على طريق البدل لا القيمة؛ لأن الدنانير والدراهم يقوم بعضها مقام بعض؛ فكان كما لو أعطاه النوع الذي عقد عليه أن يرجع بما وزن، ولأنها دراهم قبضها على أجرة شيء مستأجر، فإذا انفسخت الإجارة وجب رد ما قبض، أصله إذا كان هو المعقود عليه[٦].

---

(١) «المبسوط» (١٦ / ٤٩، ٥١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٠٦ / رقم ١٧٩١).

(٢) الشرط المذكور يعود على الإجارة بمصلحة، ولا معارض له من جهة الشرع، ولأنه اشترط ما تتم به الصفقة التي عقد عليها.
انظر: «المغني» (٥ / ٤٠٠)، «مصادر الحق» (٣ / ١٢٨ وما بعد)، «الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي» لعباس حسني، «الشكل في الفقه الإسلامي» (١٨١).

(٣) في الأصل: «بدرهم».

(٤) «المدونة» (٣ / ٤٩٥ ـ ط دار الكتب العلمية)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٨).

(٥) قال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١١٢ / رقم ١٨٠٣): «قال محمد في «الإملاء» في رجل استأجر رجلاً بدراهم حالة فأعطاه بها دنانير أو عرضاً ثم انتقضت الإجارة رد الآجر نفسه دون المقبوض».

(٦) انظر لزاماً تعليقي على مسألة (١٠٥٨).

مسألة ١٠٦٥

يجوز أن يستأجر طريقاً من دار رجل للمرور فيه[١]، وقال أبو حنيفة: لا يجوز[٢].

فدليلنا أنها منفعة معلومة يجوز بذلها بغير عوض فجاز للمالك أن يؤاجر عليها، أصله الركوب والحمل[٣].

مسألة ١٠٦٦

إذا استأجر أرضاً ليغرس وانقضت مدة الإجارة؛ فالمالك مخير بين أن يأخذه بالقلع ولا يلزم المالك شيء من أجرة القلع ويعطيه ثمن الغرس مقلوعاً، أو يبقيه في الأرض ويكونا شريكين[٤]، وقال الشافعي: ليس للمؤاجر أن يطالبه بقلع الغرس إلا بعد أن يعطيه أرش القلع[٥].

فدليلنا أن الإجارة تقتضي تسليم الأرض بعد انقضاء مدتها فارغة من تعلق حق المستأجر بها وبقاء ما يشغلها، أصله إذا كان فيها متاع للمستأجر، ولأن حق

---

(١) «البيان والتحصيل» (٩ / ٣٤٢ و١٧ / ٤٠٩)، «الإعلان بأحكام البنيان» (١ / ٣٠٥).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «روضة الطالبين» (٤ / ٢٠٧، ٢١١)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٨٤)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٤٠٠)، «حاشية الشبراملسي» (٤ / ٤٠٠).
وهو مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥٢٧)، «الشرح الكبير» (٣ / ٢٩)، «كشاف القناع» (٣ / ٤١٠).
وفي الأصل: «للمَرّ فيه».

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٢٥ ـ ١٢٦ / رقم ١٨٢٢)، «الفتاوى البزازية» (٣ / ٤١٥)، «جامع الفصولين» (٢ / ٢٧١).

(٣) الطريق الخاص ملك لصاحبه، فجاز له التصرف فيه على وجهٍ لا يضرر غيره، والله أعلم.

(٤) «المدونة» (٣ / ٤٦٣)، «التفريع» (٢ / ١٨٤ ـ ١٨٥)، «الكافي» (٣٧٨)، «المعونة» (٢ / ١١٠٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٨)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢١).

(٥) «مختصر المزني» (١٢٩ ـ ١٣٠)، «الإقناع» (١٠١)، «حلية العلماء» (٥ / ٤١٣ ـ ٤١٤)، «التنبيه» (٨٦)، «المهذب» (١ / ٤١٠)، «روضة الطالبين» (٥ / ٢١٣)، «فتح الجواد» (١ / ٥٩٨).

المستأجر في الانتفاع مع بقاء مدة حقّ الإجارة دون ما زاد عليها وفي تبقية الغرس بعد المدة إيجاب زيادة على المدة، ولأن فائدة حصر المدة رفع يده منها بعد زوالها[١].

مسألة ١٠٦٧

يجوز استئجار دار يسكنها بسكنى دار أخرى[٢]، وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك إلا أن تكون المنافع من جنسين[٣].

فدليلنا أنهما منفعتان؛ فيجوز عقد الإجارة على كل واحدة منهما بالانفراد، فجاز العقد على إحداهما بالأخرى، أصله إذا كانا من جنسين، ولأن عقود المعاوضات ضربان أعيان ومنافع، فإذا كانت الأعيان يجوز بيع إحداهما بالأخرى من جنس وجنسين؛ فكذلك المنافع[٤].

---

(١) انظر بعض النصوص الواردة في المسألة مع تخريجها في: «تقرير القواعد» (٢ / ١١٤ ـ ١١٦) لابن رجب، وتعليقي عليه.

(٢) «المدونة» (٣ / ٤٤٨)، «الكافي» (٣٦٩ ـ ٣٧٠)، «المعونة» (٢ / ١١٠٣)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٤)، «معين الحكام» (٢ / ٤٩٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٧٠).
وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.
انظر: «أسنى المطالب» (٢ / ٤٠٥)، «مغني المحتاج» (٢ / ٤٣٤)، «المغني» (٦ / ١١ ـ مع «الشرح الكبير»)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٥٦)، «المجلة الحنبلية» (مادة ٦٥١).

(٣) «فتح القدير» (٧ / ٢٢٤)، «المبسوط» (١٥ / ١٣٩ ـ ١٤٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٢٣ / رقم ١٨١٩)، «شرح العيني» (٢ / ١٥٥)، «بدائع الصنائع» (٤ / ١٩٤)، «حاشية رد المحتار» (٦ / ٦٢).

(٤) المنافع قد أقيمت مقام الأعيان في الشرع، فجاز أن تكون أجرة؛ لأنها مختلفة في الجنس، وإن اتحدت في الاسم، وقال الله تعالى في قصة موسى عليه السلام: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ﴾ [القصص: ٢٧]؛ ففي هذه الآية الكريمة دليل على جواز أن تكون الأجرة منفعة لأن النكاح جعل عوضاً على الإجارة وقد ناقش العلماءُ الحنفيةَ، بقولهم: لا يتحقق الدين إلا أن يكون في الذمة، وهذه المنافع في الأعيان لا في الذمم، وقد شرع فيها فليست دَيناً، قال ابن قدامة في «المغني» (٦ / ١٢ ـ مع «الشرح الكبير»): «وما قاله أبو حنيفة لا يصح؛ لأنّ المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة، ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين؛ لأنه يكون بيع دين بدين». وانظر: «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (ص ١٨١ ـ ١٨٤).

مسألة ١٠٦٨

إذا اكترى داراً أو دابة جاز أن يكريها من مالكها[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢]؛ لأن كل مملوك جاز أن يملك لغير من ملكه جاز أن يملك لمن ملكه، أصله الأعيان، ولأنه عقد على منفعة يصح أن يملكها مالكها بعوض، فجاز أن يملكها من يصح أن يملك مثلها، أصله العقد عليها من الأجنبي[٣].

مسألة ١٠٦٩

إذا استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها ما ضرره أكثر؛ فلربها كراء الشعير وقيمة الزيادة بالضرر[٤]، وقال الشافعي: له كراء المثل بجميع

---

(١) «المدونة» (٣ / ٤٥١)، «التفريع» (٢ / ١٨٥)، «الكافي» (٣٦٨ ـ ٣٦٩)، «المعونة» (٢ / ١٠٩٦ ـ ١٠٩٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٩ ـ ١٠).
وهٰذا مذهب الشافعية، ورواية عن أحمد.
انظر: «الإشراف» (١ / ٢٢٣) لابن المنذر، «المهذب» (١ / ٥٢٧)، «المغني» (٦ / ٥٥)، «المبدع» (٥ / ٨١)، «تقرير القواعد» (١ / ٣٧٧ ـ بتحقيقي).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٢٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٢٦ ـ ١٢٧ / رقم ١٨٢٣)، «المبسوط» (١٥ / ١٣٠ ـ ١٣١)، «الدر المختار» (٦ / ٢٨ ـ ٢٩).
ومذهبهم: الجواز بشرط أن يؤجرها بمثل ما استأجر به، قال السرخسي: «فإن أجّرها بأكثر مما استأجرها به تصدق بالفضل، إلا أن يكون أصلح منها بناء، أو زاد فيها شيئاً، فحينئذ يطيب له الفضل».
وانظر: (مسألة رقم ١٠٦٩).

(٣) الإجارة عقد يتملك به المستأجر منفعة العين مدة معلومة، وبحكم هٰذا الملك في تلكم المدة؛ فإنه يجوز للمستأجر التصرّف في هٰذه المنفعة بالإجارة والإعارة ونحوها بما لا يضر العين.
انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٩ / ٥٠٨ ـ ٥٠٩ و٣٠ / ٢٦٠ ـ ٢٦١)، «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٣ / ١١٣٥ ـ ١١٣٦).

(٤) «المعونة» (٢ / ١٠٩٨ ـ ١٠٩٩)، «التلقين» (٢ / ٤٠٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٧).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «مسائل أحمد» لابنه عبدالله (٤٠٤ / رقم ١٤٥٠)، «تقرير القواعد» (٢ / ١٣١ وما بعد ـ بتحقيقي).

المدة[١].

فدليلنا أنه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه؛ فلزمه بقدر ما زاد، أصله إذا اكترى دابة من بغداد إلى حلوان فتقدم عليها إلى الري، فإن الأجرة من بغداد إلى حلوان وكراء المثل من الري إلى حلوان[٢].

مسألة ١٠٧٠

يجوز أن يستأجر الرجل حائطاً يضع عليه خشبة مدة معلومة إذا سماها ووصف الخشبة، وكذٰلك ليبني عليه سترة إذا وصف قدر البناء[٣]، وقال أبو حنيفة: لا يجوز[٤].

فدليلنا أنها منفعة مباحة يصح أن تستوفى من هٰذه العين لو استوفاها المالك لصح، فجاز أن يعقد عليها الإجارة من غيره، أصله إذا استأجر سطحاً لينام عليه، ولأنها عين يصح فيها استيفاء المنافع فصحت المعاوضة عليها، أصله

---

(١) «الأم» (٤ / ٣٥)، «مختصر المزني» (١٢٧)، «الإقناع» (١٠٠)، «حلية العلماء» (٥ / ٤١٢)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٤١٨).

(٢) الضرر سبب لوجوب التعويض، والصورة المذكورة فيها اعتداء وضرر، وتعذّر نفي الضرر من حيث الصورة، فوجب نفيه من حيث المعنى لتقوم الزيادة مقام الضرر، فينتفي بالقدر الممكن؛ لأن مفسدة الاعتداء ـ وهي على خلاف الشرط ـ تندفع بتغريم الجاني نظير ما أتلفه؛ فالمتضرر إذا أخذ نظير ما فاته تعود حالته كما كانت عليه قبل حدوث الضرر، فينتفع بما يأخذه عوض ضرره. قال ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٢ / ١٢٣ ـ ١٢٤) في غير هٰذه المسألة: «ولا شك أن هٰذا أرفق بالناس، وأليق بالعقل، وأبلغ في الصلاح، وأوفق للحكمة»، والله أعلم.

(٣) «المدونة» (٣ / ٤٤٢ ـ ط دار الكتب العلمية)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٧).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «روضة الطالبين» (٤ / ٢١٢)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٨٧)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٤٠٥ ـ ٤٠٧)، «حاشية القليوبي» (٢ / ٣١٤ـ ٣١٥).

(٤) «المبسوط» (١٦ / ٤٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٣٢ / رقم ١٨٣٠).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٧ / ٣٧)، «كشاف القناع» (٣ / ٤١٢).

البقعة[١].

مسألة ١٠٧١

يجوز أن يؤاجر الرجل داره من يتخذها مسجداً مدة معلومة ثم تعود إليه ملكاً[٢]، وقال أبو حنيفة: لا يجوز ولا أجرة له[٣].

فدليلنا أنها فعل قربة؛ فجاز أن تستأجر الدار لمنفعة فيها، أصله إذا استأجرها لتكون مجلساً للحكم، ولأنه لو آجر نفسه للصلاة لجاز، فكذٰلك ملكه، ولأنه فعل مباح فجاز أن يستأجر الدار ليفعل فيها كالسكنى[٤].

مسألة ١٠٧٢

لا يجوز أن يؤاجر الرجل نفسه ليحمل خمراً، فإن فعل؛ فالعقد فاسد ولا أجرة له[٥]، وقال أبو حنيفة: يجوز وله

---

(١) سبب الخلاف في المسألة: هل للرجل أن يضع خشبه على جدار جاره دون إذنه ورضاه أم لا؟ فمن قال بالأول لم يجوّز الإجارة عليه، وإلا جاز، وسبق في التعليق على مسألة (٩١٢) عدم الجواز إلا بالرضى والإذن، والله أعلم.

وانظر: «أحكام الجوار في الفقه الإسلامي» (ص ١٤٨ وما بعد، ١٦٥ ـ ١٦٦).

(٢) «المدونة» (٣ / ٤٣٤ ـ ط دار الكتب العلمية).

(٣) «المبسوط» (١٦ / ٣٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٣١ / رقم ١٨٢٨)، «شرح العيني» (٢ / ١٥٤)، «إيثار الإنصاف» (٣٣٦).

(٤) قال ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٣ / ٣٣٩ ـ ط محمد محيي الدين): «ومن العجب أنه لا يصح استئجار دار لتتّخذ مسجداً يعبد الله فيه، ويصح استئجاره كي تجعل كنيسة، يعبد فيها الصليب، أو بيت نار تعبد فيها النار». وانظر منه (٢ / ٣١٨).

(٥) «الكافي» (٣٧٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٢٠)، «أسهل المدارك» (٢ / ٣٤٢)، «مواهب الجليل» (٥ / ٤٢٤)، «لب اللباب» (٢٢٢ ـ ٢٢٣)، «بلغة السالك» (٢ / ٢٤٤)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٨).

وهٰذا مذهب الشافعية والحنابلة.

انظر: «المهذب» (١ / ٥١٧)، «المجموع» (١٥ / ٢٥١)، «إعانة الطالبين» (٣ / ٩، ١٠٩)، «الأنوار لأعمال الأبرار» (١ / ٥٩١، ٥٩٦)، «حاشية الشرواني» (٥ / ٢٨٦)، «المغني» (٨ / =

الأجرة[١].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢]، وهٰذا منه، ولأنه عقد إجارة على فعل محظور؛ فلم يجز، أصله إذا اكترى غلاماً ليلوط به أو أمة ليزني بها[٢].

مسألة ١٠٧٣

إذا استأجر داراً ليسكنها شهراً ولم يسمه جاز، وكان من حين العقد[٣]، وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن يشترط أن يكون أوله من هٰذا الوقت[٤].

فدليلنا أن العرف جار بأن يكون ذٰلك عقيب العقد بدليل أنه إذا تراخى عن

= ١٣١)، «الإنصاف» (٦ / ٢٣)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٧٢)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٥٠)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٥٩).
وهٰذا مذهب الظاهرية.
انظر: «المحلى» (٨ / ١٩١).

(١) «الاختيار» (٢ / ٦٠)، «رد المحتار» (٤ / ٥٠٥ و٦ / ٥٥)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٢٥)، «البحر الرائق» (٧ / ٣٣٩)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٥٥).

(٢) الصواب الإجارة باطلة ويعامل الأجير بنقيض قصده، ومقتضى ذٰلك منعه الأجر، فضلاً أن يلحق به من العقاب ما يناسب الحرمة المرتكبة، والله أعلم.
انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٠ / ٢٠٩، ٢١٠)، «اقتضاء الصراط المستقيم» (ص ٢٤٤، ٢٤٧)، «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٣ / ١١٣٧ ـ ١١٣٨)، «تحفة الأحوذي» (٤ / ٥٢١).

(٣) «المدونة» (٣ / ٤٩٢)، «الكافي» (٣٦٩)، «المعونة» (٢ / ١٠٨٩)، «التفريع» (٢ / ١٨٥ ـ ١٨٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٥٦ ـ ٢٥٧).
وهٰذا مذهب الحنفية وجمهور الحنابلة.
انظر: «بدائع الصنائع» (٥ / ٢٥٧٢)، «المغني» (٦ / ٧ ـ مع «الشرح الكبير»)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٥٦)، «كشاف القناع» (٣ / ٥٥٧)، «مطالب أولي النهى» (٣ / ٥٩٨)، «المجلة الحنبلية» (مادة ٥٦٢).

(٤) «الأم» (٤ / ٢٧)، «مختصر المزني» (١٢٦ ـ ١٢٧)، «المهذب» (١ / ٣٩٦)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٤٠)، «أسنى المطالب» (٢ / ٤٠٦)، «حلية العلماء» (٥ / ٣٩٢ ـ ٣٩٣).

ذلك لم يجز حتى يشترط والعرف؛ كالنطق[(١)].

مسألة ١٠٧٤

يجوز استئجار الدواب والدور أكثر من سنة[(٢)]، خلافاً للشافعي في أحد قوليه[(٣)]؛ لقوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ﴾ [القصص: ٢٧]، وشرع مَنْ تَقدَّم لازم لنا ما لم يقم دليل على نسخه عنا، ولأنها مدة تبقى المنافع إليها ويمكن استيفاؤها منها؛ كالسَّنة[(٤)].

مسألة ١٠٧٥

إذا اكترى داراً أو أرضاً عشر سنين بأجرة معلومة الجملة جاز ولم يلزمه أن يعين قسط كل سنة[(٥)]، وقال الشافعي في أحد قوليه: يلزمه أن يبين حصة كل

---

(١) الأجرة يلزم دفعها في الوقت الذي تتوجّه المطالبةُ فيه عادةً، ويؤيِّد الصحة بقاءُ المستأجر في الدار؛ إذ هو دليل رضاه بمنفعتها.

(٢) «المدونة» (٣ / ٤٥٠، ٤٥٤)، «الكافي» (٣٦٩)، «المعونة» (٢ / ١١٠٦)، «معين الحكام» (٢ / ٤٩٤)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٠).
وهذا مذهب الحنفية والحنابلة.
انظر: «تبيين الحقائق» (٥ / ١٠٦)، «المغني» (٦ / ٧ ـ مع «الشرح الكبير»)، «الإنصاف» (٦ / ٤٠)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٦٣ ـ ٣٦٤)، «كشاف القناع» (٤ / ٥)، «المجلة الحنبلية» (مادة ٥٦٠).

(٣) «مختصر المزني» (١٢٨ ـ ١٢٩)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٢٢٦)، «المهذب» (١ / ٣٩٨)، «روضة الطالبين» (٥ / ١٩٦) ـ وفيه: «المشهور والذي عليه جمهور الأصحاب: أنه يجوز سنين كثيرة» ـ، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٤٩)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٣٠٢).
(تنبيه): للشافعية وجهان فيما إذا أجّره سنة شمسية، ووجه المنع أنه على حساب النسيء فيه أيام والنسيء حرام. انظر: «حلية العلماء» (٥ / ٣٩٣).

(٤) كل ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها؛ كعقد المساقاة والتقدير بالسنة تحكّم لا دليل عليه، وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان. انظر: «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (١٠٩ ـ ١١٠).

(٥) «المدونة» (٣ / ٤٥٤)، «الكافي» (٣٦٩)، «المعونة» (٢ / ١١٠٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٧)، «معين الحكام» (٢ / ٤٩٤ ـ ٤٩٥)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٠).

سنة[١].

ودليلنا أنها مدة تجوز الإجارة إليها؛ فوجب أن يكون ذكر الأجرة بجملتها مغنياً عن ذكر ما يقابل تفصيلها، أصله السنة والشهر، ولأنه بعض من جملة المدة المعقود عليها؛ فلم يحتج إلى بيان ما يقابله من الأجرة إذا قدرت الجملة، أصله الأيام من الشهر والأسابيع من السنة[٢].

مسألة ١٠٧٦

إذا ضرب الدابة فعطبت، فإن كان المكتري ضرب الدابة ضرب الناس وما جرت العادة به لم يضمن[٣]، وقال أبو حنيفة: يضمن[٤].

فدليلنا أنهما دخلا على العرف والعادة جارية لا بد للدابة من سوق وضرب بقدر الحاجة؛ فكان مأذوناً له فيه، فإذا عطبت به لم يضمن كما لو عطبت بالركوب والتحريك بالرجل[٥].

= وهٰذا مذهب الحنفية والحنابلة.
انظر: «نتائج الأفكار» (٩/ ٩٤)، «المغني» (٦/ ٨ ـ مع «الشرح الكبير»).

(١) «مختصر المزني» (١٢٩)، «الحاوي الكبير» (٩/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧)، «حلية العلماء» (٥/ ٣٩٣)، «المهذب» (١/ ٣٩٨).

(٢) الراجح هو قول الجمهور؛ لأن المعقود عليه هو جملة المنافع في جميع المدة.

(٣) «التفريع» (٢/ ١٨٤ ـ ١٨٥)، «الكافي» (٣٧١)، «المعونة» (٢/ ١١٠٧ ـ ١١٠٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٨)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٤١)، «كفاية الطالب الرباني» (٣/ ٤٠٦).
وهٰذا مذهب الشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد من الحنفية.
انظر: «المهذب» (١/ ٤٠٨)، «روضة الطالبين» (٥/ ٢٣٦)، «حلية العلماء» (٥/ ٤٤٧)، «منتهى الإرادات» (٢/ ٣٧٩ ـ مع «الشرح»)، «المغني» (٨/ ١١٥ ـ ١١٦)، «المجلة الحنبلية» (المواد ٥٨٩، ٧١٩، ٧٢٠)، «العرف وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة» (٢/ ٦٠٤).

(٤) «اللباب» (٢/ ٩٢)، «شرح العيني» (٢/ ١٥٢)، «شرح فتح القدير» (٧/ ١٧٠)، «مجمع الضمانات» (٢٣).

(٥) لو ضربها الضرب المتعارف عادة لمثلها من غير إسراف لم يضمن ما تلف به، للإذن فيه عادة، فإن زاد عن المعتاد، حَرُم ذٰلك وضمن؛ لأنه جناية، وَفَعَلَ الضاربُ ما ليس له فِعْلُه، ويتأكد الضرب =

مسألة ١٠٧٧

يجوز أن يبيع الرجل داره أو دابته المستأجرة من المستأجر وغيره إذا كان الباقي من مدة الإجارة ما لا يكون أمداً يخاف تغيُّرها في مثله[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢] وأحد قولي الشافعي[٣]؛ لأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر؛ لأن المشتري إنما يتسلمها بعد انقضاء مدة الإجارة، ولأن البيع لا يخلو أن يكون لحق المستأجر أو لتأخر التسليم أو لاستحقاق المنفعة لغير المشتري، فإن كان لحق المستأجر؛ فقد ذكرناه، وإن كان لتأخر التسليم؛ فلا يصح لأن شراء الغائب وما في الذمة جائز، وإن تأخر التسليم عن العقد وإن كان لتبقية المنفعة؛ فلا يصح لأنه لو باعه دابة وشرط ركوبها يوماً أو يومين لجاز، ولأنه عقد على منفعة؛ فلم يمنع العقد على الرقبة، أصله إذا تزوج أمة ثم ابتاعها[٤].

مسألة ١٠٧٨

إذا اكترى دابة وشرط أن يحمل عليها قدراً من الزاد معلوماً، فأكل بعضه كان له أن يرد بقدر ما أكل[٥]، وقال الشافعي في أحد قوليه: ليس له ذلك[٦].

فدليلنا أنه يستحق قدراً من المنافع؛ فلم يسقط ذلك لعين مخصوصة، أصله

= بوقوعه من النبي ﷺ في أحاديث عديدة، كما تراه في أول «تحرير الجواب عن ضرب الدواب» (ص ٢٣ - ٢٧) للسخاوي، وبوَّب النسائي في «سننه الكبرى» (ضرب البعير، ضرب الفرس).

(١) «المدونة» (٣/ ٤٣٣)، «الرسالة» (٢١٩)، «الكافي» (٣٦٨-٣٦٩)، «المعونة» (٢/ ١١٠٦).
وهذا مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٥/ ٣٥٠).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٣١)، «المبسوط» (١٦ / ٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١١٤ / رقم ١٨٠٦).

(٣) «الأم» (٤ / ٢٨-٢٩)، «المهذب» (١ / ٤١٤)، «المجموع» (١٤ / ٣٤١)، «حلية العلماء» (٥/ ٣٩٠-٣٩١، ٤٢٧-٤٢٨).

(٤) الراجح الجواز؛ لأن البيع صحيح، والإجارة لازمة إلى مدتها، ولأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة، كالأمة المزوَّجة، والله أعلم.

(٥) «جامع الأمهات» (ص ٤٣٨).

(٦) انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٤١٥).

إذا باع متاعه الذي اكترى الدابة من أجله، ولأنه لو سرق منه لكان له إبداله؛ فكذٰلك إذا أكله، ولأنهم يوافقوننا على أنه لو أكله كله لكان له أن يبدله؛ فكذٰلك بعضه.

مسألة ١٠٧٩

يجوز أن يكري البعير أو الدار المكراة بمثل ما أكراها به وأكثر وأقل[(١)]، وقال أبو حنيفة: إن أحدث في الدار حدثاً مثل بناء أو تجصيص جاز أن يكريها بأكثر مما اكتراها به وإن لم يحدث فيها شيئاً لم يكن له[(٢)].

فدليلنا أن كل من ملك أن يكري بمثل ما أكرى فله أن يكري بزيادة، أصله إذا أحدث بناء أو تجصيصاً، ولأن كل من جاز أن يعقد على ما ملك بأكثر من العوض الذي يملكه به إذا كان قد استأنف فيه بناء جاز له وإن لم يكن قد استأنف؛ كالمبتاع[(٣)].

مسألة ١٠٨٠

إذا استأجر شيئاً مدة معلومة فانقضت كان عليه ردها إلى المؤاجر ومؤنة الرد عليه[(٤)]، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه ردُّها إلا بعد المطالبة ومؤنة الرَّدِّ على المالك[(٥)].

فدليلنا: أنه عقد قصد به الإذن في الانتفاع مدة، فإذا زالت المدة وجب على المنتفع الرد ومؤنته عليه، أصله العارية[(٦)].

---

(١) «المدونة» (٣ / ٤٥١)، «التفريع» (٢ / ١٨٥)، «الكافي» (٣٦٨ ـ ٣٦٩)، «المعونة» (٢ / ١٠٩٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٩ ـ ١٠).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٢٩)، «المبسوط» (١٥ / ١٣٠ ـ ١٣١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٢٦ ـ ١٢٧ / رقم ١٨٢٣) ـ وفيه: «وهو قول الثوري والأوزاعي والحسن بن حي» ـ، «الدر المختار» (٦ / ٢٨ ـ ٢٩).

(٣) انظر آخر تعليق على مسألة (رقم ١٠٥٨).

(٤) «الكافي» (٣٦٨).

(٥) «المبسوط» (١٥ / ١١٣، ١١٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١١٥ / رقم ١٨٠٧).

(٦) الصحيح في المسألة الرجوع إلى العرف فيما على المؤجِر والمستأجر، والعُرْف أصل كبيرٌ، يُرْجَع إليه في كثير من الشروط والحقوق التي لم تتقدَّر شرعاً ولا لفظاً.

مسألة ١٠٨١

الصُّنَّاع ضامنون ما قبضوه من الأمتعة للعمل[١]، وقال أبو حنيفة: يضمن المشترك ولا يضمن الخاص[٢]، ولا نفرق نحن بين الخاص والمشترك، وإنما نفرق بين من يتسلم المتاع وبين من لا يتسلمه[٣]، وللشافعي في المشترك قولان[٤].

فدليلنا إجماع الصحابة؛ لأن ذلك روي عن عمر[٥] وعلي. وقال علي: لا

= انظر: «فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم» (٨ / ٩٢)، «المختارات الجلية» (ص ٥٥)، وآخر تعليق على (مسألة ١٠٤٧).

(١) «المدونة» (٣ / ٣٧٢ ـ فما بعد)، «التفريع» (٢ / ١٨٩)، «المعونة» (٢ / ١١١١)، «المنتقى» (٦ / ٧١ ـ ٧٢)، «الرسالة» (٢١٩)، «الكافي» (٣٧٥ ـ ٣٧٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٩١)، «التاج والإكليل» (٥ / ٤٣٠)، «مواهب الجليل» (٥ / ٤٢٧ ـ ٤٣١)، «معين الحكام» (٢ / ٤٩١)، «فصول الأحكام» (١٩٢)، «كشف القناع عن تضمين الصناع» (٧٥ ـ ٧٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٣٩ ـ ٤٤٠)، «منح الجليل» (٧ / ٥٠٣)، «الاعتصام» (٢ / ٦١٦ ـ ط ابن عفان)، «الموافقات» (٤ / ٢٩١ ـ بتحقيقي)، «قوانين الأحكام الشرعية» (٣٦٤)، «أصول الفتيا» (٣٨٤، ٣٩١)، «حلي المعاصم» (٢ / ٢٥٨)، «جواهر الإكليل» (٤ / ٢١٠)، «بلغة السالك» (٢ / ٢٧٨ ـ ٢٧٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٣).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٣٠)، «المبسوط» (١٥ / ٨٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٨٥ / رقم ١٧٦٧)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٥٢٣)، «إيثار الإنصاف» (٣٣٥)، «شرح العيني» (٢ / ١٥٦)، «بدائع الصنائع» (٤ / ٢١٠)، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٣٤)، «درر الحكام» (١ / ٥٩٨، ٦٠٤)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٩١)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٦٥)، «إيثار الإنصاف» (٣٣٦).

(٣) «المدونة» (٣ / ٣٧٢)، «المعونة» (٢ / ١١١٠)، «التفريع» (٢ / ١٨٩)، «الرسالة» (٢١٩)، «الكافي» (٣٧٦).

(٤) «مختصر المزني» (١٢٧)، «المهذب» (١ / ٥٣٤)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٢٥٣ ـ فما بعد)، «الإشراف» (رقم ٣٧٣) لابن المنذر، «حلية العلماء» (٥ / ٤٤٦ ـ ٤٤٧)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٥١)، «السراج الوهاج» (٢٩٤)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٣٠٧)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٤١٦).

(٥) أخرج عبدالرزاق (٨ / ٢١٧ / رقم ١٤٩٤٩)، وابن أبي شيبة (٦ / ٢٨٥) في «مصنفيهما»، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ١٢٢، ١٢٣)، وابن حزم في «المحلى» (٨ / ٢٠٢)؛ أن عمر بن الخطاب ضمَّن الصباغ الذي يعمل بيده.

يصلح الناس إلا ذلك[١]، ولأن ذلك يتعلق به مصلحة الصناع وأرباب السلع وفي تركه ذريعة إلى إتلاف أموال الناس، وكذلك إن كان بالناس ضرورة إلى الصُّنَّاع؛ لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ويقصر ثوبه أو يطرزه، فلو قبلنا قول الصُّنَّاع في الإتلاف لتسرعوا إلى دعوى ذلك ولحق أرباب السلع الضرر؛ لأنهم بين أمرين: إما أن يدفع إليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه أو لا يدفع فيضر بهم؛ فكان تضمينهم صلاحاً للفريقين، ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق الأجر بعقد تقدم؛ فلم يقبل قوله في تلفها؛ كالقراض والعارية[٢].

مسألة ١٠٨٢

ولا فرق بين أن يعملوه بأجر أو بغير أجر[٣]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنهم يضمنون ما عملوه بأجر دون ما عملوه بغير أجر[٤]؛ لأنه صانع فلم تقم له بينة على

---

(١) أخرجه عبدالرزاق (٨ / ٢١٧ / رقم ١٤٩٤٨) وابن أبي شيبة (٦ / ١٢٧، ٢٨٥) في «مصنفيهما»، وشريح في «القضاء» (ق ٥٧ / ب)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ١٢٢، ١٣٧)، وابن حزم في «المحلى» (٨ / ٢٠٢) من طرق عن علي، يتقوى بعضها ببعض.

(٢) مناط الضمان التعدي أو التفريط من الأجراء، فإذا ثبت عدم التعدي أو التفريط فلا ضمان، ويبقى استصحاب الأصل وهو أن الأجير أمين، وهذا إذا غلب الصدق والأمانة، فإذا فشت الخيانة والغش، فإن الظاهر والأصل تعارضا، وفي تقديم أيهما خلاف، وعلى تقدير الظاهر يلزم الأجير الضمان إذا غاب عن السلعة وادّعى تلفها حتى يثبت عدم تعديه أو تفريطه، وفي هذا مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال، ولا سيما فيما يقبضه الصناع من الأمتعة، ويعملون به في محالهم مع عدم حضور أصحابها، وفي «جواهر الإكليل» (٤ / ٢١٠): «وخصص العلماء من ذلك الصناع وضمنوهم نظراً واجتهاداً لضرورة الناس لغلبة فقر الصناع ورقة ديانتهم واضطرار الناس إلى صنعتهم، فتضمينهم من المصالح العامة الغالبة التي تجب مراعاتها».
وانظر: «المختارات الجلية» (ص ٦٢)، «الفتاوى» (٤٤٢ ـ ٤٤٣)؛ كلاهما للسعدي، «الإجارة الواردة على عمل الإنسان» (ص ٢٥٠ ـ ٢٦٣).

(٣) «المدونة» (٣ / ٣٧٢ ـ فما بعد)، «التفريع» (٢ / ١٨٩)، «الرسالة» (٢١٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٤٠)، «الكافي» (٣٧٦)، «المعونة» (٢ / ١١١٠)، «معين الحكام» (٢ / ٤٩١)، «المنتقى» (٦ / ٧١)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٣)، «تبصرة الحكام» (٢ / ٣٣٠ ـ ٣٣١).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٣٠)، «المبسوط» (١٥ / ٨١)، «شرح العيني» (٢ / ١٥٦)، «مختصر =

هلاك الشيء كما لو عمله بأجرة[(١)].

مسألة ١٠٨٣

لا ضمان على من استؤجر لحمل شيء إذا ادعى تلفه إلا في الطعام خاصة[(٢)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٣)] والشافعي[(٤)] في قولهما: إنه لا ضمان عليهم في الطعام وغيره لأن عادتهم قد جرت بالتسرع إلى تناول الطعام لقلة مروءاتهم واتكالهم على مروءات الناس وترفع أهل القدر والمروءة عن الكلام فيه والمطالبة به؛ فكانت المصلحة تضمينهم على ما ذكرناه في تضمين الصناع[(٥)].

= اختلاف العلماء» (٤ / ٨٥ ـ ٨٦) ـ وفيه: «وقال الحسن بن حي: من أخذ الأجرة فهو ضامن، تبرأ أو لم يتبرأ، ومن أعطى الأجر فلا ضمان عليه، وإن شرط» ـ، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٣٤)، «درر الحكام» (٢ / ٢٣٥).

(١) الذي أُراه أن عمل بحضرة صاحب العمل أو بمنزل ربه لا ضمان عليه، وفيما عدا ذٰلك يضمن حتى تقوم البيّنة على التلف بغير سببه، وهٰذا المعنى ضمنه ابنُ عاصم قولَه في معرض ذكر الأمناء:

.... وصانِعٌ لم ينتصِبْ للعَمَلْ
وذو انتصاب مثله في عمله بحضرة الطالب أو بمنزله

انظر: «البهجة» (٢ / ٢٦٦).

(٢) «المدونة» (٣ / ٤١٣، ٤٣٦)، «الرسالة» (٢١٩)، «الكافي» (٣٧١)، «المعونة» (٢ / ١١٠٧)، «كشف القناع عن تضمين الصناع» (٧٩ ـ ٨١، ٨٥، ٨٨، ٩٩، ١٠٠، ١٢١ ـ ١٢٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٤٠)، «معين الحكام» (٢ / ٤٩١)، «الفروق» (٢ / ٢٠٦ ـ ٢٠٨)، «حلي المعاصم» (٢ / ٢٦٧ ـ ٢٦٨).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٢٩ ـ ١٣٠)، «اللباب» (٢ / ٩٣ ـ ٩٤)، «شرح العيني» (٢ / ١٥٦).

(٤) «المهذب» (١ / ٤٠٨)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٤٦ ـ ٤٤٧)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٤١٦).

(٥) قال ابن عبدالبر: «وذهب مالك وأكثر أصحابه إلى تضمين من حمل القوت من الطعام وما جرى مجراه، إذا انفرد بحمله دون صاحبه، ومن ذٰلك الطحان في الأرحى يضمن ما انفرد بنقله إليها، إذا لم يكن معه رب الطعام، بمثل ما يضمن به الصناع الذين قضى السلف رحمهم الله بتضمينهم لحاجة الناس إلى استعمالهم وتسليم المتاع إليهم».

قال ابن رحال (ت ١١٤٠هـ ـ ١٧٢٨م) في «كشف القناع» (ص ٩٩) بعده: «قلت: وما ذهب إليه ابن عبدالبر ينبغي أن يعمل به في هٰذه الأزمنة التي قلّ فيها الصّدق عند من يظنّ فيه الصّدق، فضلاً عن غيره».

قلت: وماذا نقول في أزماننا هٰذه، اللهم حنانيك!!

مسألة ١٠٨٤

إذا اختلف رب الثوب والخياط، فقال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط: بقباء؛ فالقول قول الخياط[١]، وقال أبو حنيفة: القول قول رب الثوب[٢]. وللشافعي أقاويل[٣].

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦)، «المعونة» (٢/ ١١١٣)، «الكافي» (٣٧٦)، «منتخب الأحكام» (٣٤١).

(٢) «المبسوط» (١٥/ ٩٦)، «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (١٠٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٩٨/ رقم ١٧٧٩)، «شرح العيني» (٢/ ١٥٧).

(٣) «مختصر المزني» (١٢٨)، «حلية العلماء» (٥/ ٤٥١)، «إخلاص الناوي» (٢/ ٤٢٣).

وقال الماوردي في «الحاوي الكبير» (٩/ ٢٦٨ ـ ٢٦٩): «وصورة هذه المسألة في رجل دفع إلى خياط ثوبًا فقطعه الخياط قباء، ثم اختلف ربه والخياط، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قميصًا فتعديت بقطعة قباء، فعليك الضمان. وقال الخياط: بل أنت أمرتني أن أقطعه قباء، فلا ضمان علي، ولي الأجرة.

فإن كان لأحدهما بينة على ما يدعيه عمل عليها وحكم بموجبها وإن لم يكن لواحد منهما بينة فهي مسألة الكتاب، وقد ذكرها الشافعي في كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي»، وحكى مذهب ابن أبي ليلى: أن القول قول الخياط، ومذهب أبي حنيفة: أن القول قول رب الثوب. قال: وهذا أشبه القولين.

وكلاهما مدخول، فنقل المزني ذلك إلى «مختصره» هذا، وحكى في «جامعه الكبير» قولاً ثالثًا: أنهما يتحالفان. وقال الشافعي في (كتاب الأجير والمستأجر): إذا دفع إليه ثوبًا ليصبغه أحمر، فقال الصباغ: بل أخضر، أنهما يتحالفان. فهذا نقل ما حكاه الشافعي، وقال: من هذا الاختلاف.

واختلف أصحابنا في ذلك على ثلاث طرق:

إحداهما: وهي طريقة ابن سريج، وأبي إسحاق المروزي، وابن علي بن أبي هريرة، وأبي حامد المروزي أن المسألة على قولين:

أحدهما: أن القول قول الخياط وهو مذهب ابن أبي ليلى.

والثاني: أن القول قول رب الثوب وهو مذهب أبي حنيفة.

وحملوا قول الشافعي: «وكلاهما مدخول» بمعنى محتمل لا يقطع بصحته، لما يعترضه من الشبه التي لا يخلو منها قول مجتهد، ثم مال إلى ترجيح أحدهما لقوته على الآخر، وهو قول أبي حنيفة: أن القول قول رب الثوب. واختاره المزني.

والطريقة الثانية: لأصحابنا ولعلها طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل: أن المسألة =

فدليلنا أن اليمين في التداعي إنما تجب على أقوى المتداعيين سبباً والخياط أقوى سبباً؛ لأنه مأذون له في التصرف ومؤتمن عليه؛ فكان القول قوله فيما يشبه، أصله ولي اليتيم إذا ادعى النفقة، ولأن العرف والعادة مع الخياط؛ لأن العادة أن الصانع يفعل ما أمره به، والله أعلم.

* * * * *

= على ثلاثة أقاويل على ما حكاه المزني في «جامعه الكبير»، منهما: هٰذان القولان، والثالث: أنهما يتحالفان.

والطريقة الثالثة: وهي طريقة المتأخرين من أصحابنا، أن المسألة على قول واحد: أنهما يتحالفان؛ لأنه وإن ذكر قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى فقد رغب عنهما بقوله: وكلا القولين مدخول، ثم أمسك عن التصريح بمذهبه في هٰذا الموضع اكتفاء بما تقرر من مذهبه في اختلاف المتعاقدين ومن التحالف، وما صرح به في كتاب الأجير والمستأجر.

فصل: فإذا قيل بمذهب ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط؛ فوجهه في المصالح شيئان:

أحدهما: أن العادة جارية بأن الخياط يعمل في الثوب ما أذن له فيه ولا يقصد خلافه، وإن جرى غير ذٰلك فنادر، فصارت العادة مصدقة لقول الخياط دون رب الثوب.

والثاني: أن الخياط لما صدق على الإذن المبيح لتصرفه صار مؤتمناً، فلم يقبل ادعاء رب الثوب عليه فيما يوجب غرماً، لما في ذٰلك من الإفضاء إلى أن لا يشاء مستأجر أن يثبت غرماً ويسقط أجراً إلا ادعاء خلافاً، وهٰذا يدخل على الناس ضرراً، فحسم، فعلى هٰذا يحلف الخياط بالله تعالى لقد أمره أن يقطعه قباء، ولا غرم عليه» انتهى.

الجزء السادس عشر

من

كتاب الإشراف

بسم الله الرحمٰن الرحيم

استعنت بالله

كتاب إحياء الموات

مسألة ١٠٨٥

الموات في الفلوات وحيث لا يتشاح الناس فيها لا يفتقر إحياؤه إلى إذن الإمام [وأما إذا كانت بقرب العمران في حيث يتشاح الناس فلا يجوز إلا بإذن الإمام](١)، وقال أبو حنيفة: يفتقر إلى إذن الإمام في الموضعين(٢). وقال الشافعي: لا يفتقر إلى إذنه في الموضعين(٣).

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٤٣)، «المدونة» (٤ / ٣٧٧)، «التفريع» (٢ / ٢٩٠)، «التلقين» (٢ / ٤٣١)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٢٠٢)، «حاشية الرهوني» (٧ / ٩٧)، «منح الجليل» (٨ / ٧٨)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣ ـ ٤)، «التاج والإكليل» (٦ / ٣ ـ حاشية «مواهب الجليل»)، «الذخيرة» (٦ / ١٤٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٤٥)، «أسهل المدارك» (٣ / ٥٢)، «مواهب الجليل» (٦ / ١١ ـ ١٢)، «الخرشي» (٧ / ٧٠)، «الأموال» (٥٣) للداودي.

وما بين المعقوفتين من «المعونة» (٢ / ١١٩٤) فقط والسياق يقتضيه فتأمل!!.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٥١٨ / رقم ١٦٦١)، «مختصر الطحاوي» (١٣٤)، «الاختيار» (٣ / ٦٦)، «الهداية» (٤ / ٩٨)، «رد المحتار» (٦ / ٤٣٢)، «اللباب» (٢ / ٢١٩)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٣٥)، «شرح العيني» (٢ / ٢١٥)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٤٣٣)، «نتائج الأفكار» (١٠ / ٧٠)، «بذل المجهود» (١٤ / ٢٥).

(٣) «الأم» (٤ / ٤١ ـ ٤٢)، «مختصر المزني» (١٣٠)، «معرفة السنن والآثار» (٩ / ٧)، «المجموع» (١٦ / ١١٧)، «الروضة» (٥ / ٢٧٨ ـ ٢٧٩)، «أسنى المطالب» (٢ / ٤٤٤)، «الإقناع» (١١٨)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٣٢١)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٩٧)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٦٩)، «إخلاص الناوي» (٢ / ٤٣٨)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٣٩ / رقم ١٤٧).

فدليلنا على أبي حنيفة قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[1]، وقوله:

= وبه قال أبو يوسف في «الخراج» (٦٣ ـ ٦٤)، ونقله عنه الطحاوي في «مختصره» (١٣٤) والموصلي في «الاختيار» (٣ / ٦٧)، ومحمد في «موطئه» (٢٩٥ ـ ٢٩٦) و «الجامع الصغير» (٢٥٤ ـ ٢٥٥)، ونقله عنه أيضاً الداودي في «الأموال» (٥٣).

وهٰذا قول أشهب وأصبغ من المالكية؛ كما في «الأموال» للداودي (٥٣).

وهٰذا هو المذهب المعتمد عند الحنابلة.

انظر: «المغني» (٨ / ١٨٢)، «الإنصاف» (٦ / ٣٥٧ ـ ٣٥٩)، «شرح الزركشي» (٤ / ٢٥٦)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ٨٣ ـ٨٤)، «منتهى الإرادات» (٢/ ٣٦٩)، «كشاف القناع» (٤/ ١٨٦، ٢٠٧).

وهٰذا قول الظاهرية. انظر: «المحلى» (٩ / ٩١).

(١) ورد عن جمع من الصحابة ومن عدة طرق: «يتقوى بعضها ببعض»؛ كما في «فتح الباري» (٥ / ١٩)، ومن هٰذه الأحاديث:

● حديث سعيد بن زيد.

أخرجه أبو داود في «السنن» (كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب إحياء الموات، رقم ٣٠٧٣)، والنسائي في «الكبرى» ـ كما في «التحفة» (٤ / ١٠) ـ، والترمذي في «الجامع» (أبواب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات، رقم ١٣٧٨)، والبزار في «المسند» (٤ / رقم ١٢٥٦)، وأبو يعلى في «المسند» (٢ / رقم ٩٥٧)، والبيهقي في «الكبرى» (٦ / ٩٩، ١٤٢)، والضياء في «المختارة» (٣ / رقم ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨)، وابن عبدالبر في «التمهيد» (٢٢ / ٢٨١)؛ جميعهم من طريق عبدالوهاب الثقفي، عن أيوب السختياني، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد رفعه بلفظ: «من أحيا أرضاً ميتةً؛ فهي له، وليس لِعِرْق ظالمٍ حقٌّ».

قال الترمذي: «هٰذا حديث حسن غريب»، وقال: «وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً».

قلت: نعم، تفرد به عبدالوهاب الثقفي، ورجاله رجال الصحيح؛ إلا أن جماعة رووه عن هشام عن أبيه مرسلاً.

قال البزار عقبه: «وهٰذا الحديث قد رواه جماعة عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً، ولا نحفظ أحداً قال: عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد؛ إلا عبدالوهاب عن أيوب».

قلت: وعبدالوهاب هو الثقفي، ثقة تغيَّر قبل موته بثلاث سنين، وروايته هٰذه شاذة.

● عروة بن الزبير مرسلاً.

أخرجه النسائي في «الكبرى» ـ كما في «التحفة» (٤ / ١٠) ـ من طريق يحيى بن سعيد، ويحيى بن آدم في «الخراج» (رقم ٢٦٧) والبيهقي في «الكبرى» (٦ / ١٤٢) من طريق سفيان بن عيينة، وابن =

= أبي شيبة في «المصنف» (٧ / ٧٤) من طريق وكيع، وابن زنجويه في «الأموال» (رقم ١٠٥٣) من طريق سفيان الثوري، ويحيى بن آدم في «الخراج» (رقم ٢٦٦) من طريق قيس بن الربيع، وبرقم (٢٦٨) من طريق يزيد بن عبدالعزيز، وبرقم (٢٧٢) والبيهقي (٦ / ١٤٢) من طريق عبدالله بن إدريس، وأبو عبيد في «الأموال» (٣٦٣) من طريق سعيد بن عبدالرحمٰن، وأبو عبيد أيضاً من طريق أبي معاوية محمد بن خازم الضرير، ومالك في «الموطأ» (٢ / ٧٤٣ ـ رواية يحيى، و٢٩٥ / رقم ٨٣٤ ـ رواية محمد بن الحسن، و٢ / ٤٦٦ / رقم ٢٨٩٣ ـ رواية أبي مصعب) ـ ومن طريقه الشافعي في «الأم» (٣ / ٢٦٨) و «المسند» (٣٨٢)، وعنه الدارقطني في «المؤتلف والمختلف» (٤ / ١٨٤٩)، وفي مطبوعه زيادة: «عن عائشة»، وهو وهم من دون الشافعي، ولذا قال عقبه: «أسنده عن عائشة وغيره يرسله»، والبيهقي في «الكبرى» (٦ / ١٤٣) و «المعرفة» (٩ / ٧ / رقم ٢١٧١) ـ؛ جميعهم عن هشام بن عروة، عن أبيه مرسلاً باللفظ المذكور.

وأخرجه عبدالرزاق ـ كما في «التمهيد» (٢٢ / ٢٨٠) و «الاستذكار» (٢٢ / ٢٠٨) ـ عن معمر، عن هشام بن عروة؛ قال: «خاصم رجل إلى عمر بن عبدالعزيز في أرض حازها، فقال عمر: من أحيا من مَيْت الأرض شيئاً؛ فهو له، فقال له عروة: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا شيئاً من ميت الأرض فهو له، وليس لعرْق ظالم حقٌّ».

وهٰذا يؤيّد صحة الرواية المرسلة، ويؤكّد ذٰلك أيضاً ما أخرجه يحيى بن آدم في «الخراج» (رقم ٢٧٤) والبيهقي (٦ / ٩٩) من طريق أبي شهاب، وأبو داود في «السنن» (رقم ٣٠٧) ـ ومن طريقه ابن عبدالبر في «الاستذكار» (٢٢ / ٢٠٨ / رقم ٣٢٤٥٨) و «التمهيد» (٢٢ / ٢٨٢) ـ من طريق عبدة، وأبو داود في «السنن» (رقم ٣٠٧٥) والبيهقي (٦ / ٩٩ ـ ١٠٠)؛ من طريق أبي وهب، ويحيى بن آدم في «الخراج» (رقم ٢٧٥) والبيهقي (٦ / ٩٩) من طريق عبدالرحيم، وأبو يوسف في «الخراج» (٦٤ ـ ٦٥)؛ خمستهم عن ابن إسحاق، عن يحيى بن عروة، عن أبيه مثله، وفيه زيادة.

وأخرجه الدارقطني في «السنن» (٣ / ٣٥ ـ ٣٦)، وابن زنجويه في «الأموال» (٢ / ٦٣٩ / رقم ١٠٥٤)؛ من طريق يعلى، عن ابن إسحاق، عن يحيى وهشام، معاً به.

وأفاد ابن عبدالبر في «الاستذكار» (٢٢ / ٢٠٩) أن رواية عروة هٰذه تقضي على أن من روى هٰذا الحديث مرسلاً كما رواه مالك أصح من رواية من أسنده، وقال: «ويشهد ذٰلك أيضاً اختلاف الذين أسندوه في إسناده».

قلت: وفصَّل الاختلاف فيه على هشام على ألوان وضروب في «التمهيد» (٢٢ / ٢٨٠)، وكذا الدارقطني في «العلل» (٤ / ٤١٤ ـ ٤١٦ / رقم ٦٦٥)، ومما قال: «واختلف فيه على هشام بن عروة؛ فرواه الثوري عن هشام عن أبيه؛ قال: حدثني من لا أتهم عن النبي ﷺ، وتابعه جرير بن عبدالحميد».

= ثم أسنده الدارقطني في «العلل» (٤ / ٤١٦) من طريق سفيان، عن هشام، عن أبيه؛ قال: حدثني من لا أتَّهم به.

● حديثا عبدالله بن عمرو وأبي سعيد الخدري.

رواه مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه، وزاد: «عن عبدالله بن عمرو»، رفعه بلفظه، أخرجه الطبراني في «الأوسط» (١ / ٣٥٦ / رقم ٦٠٥) وقال: «لم يرو هٰذا الحديث عن هشام عن أبيه عن عبدالله بن عمرو إلا مسلم».

قلت: وهو صدوق كثير الأوهام.

وقال الدارقطني: «ورواه يحيى بن عروة بن الزبير عن أبيه عن رجل من أصحاب النبي ﷺ».

قلت: والقطعة المذكورة فيه عن عروة مرسلاً، ثم زاد بعده: «عن رجل من أصحاب النبي ﷺ، وعين في بعض الطرق بأبي سعيد الخدري.

وقال الدارقطني: «والمرسل عن عروة أصح».

● حديث عائشة.

وقال قبل ذٰلك: «وروي عن الزهري عن عروة عن عائشة. قاله سويد بن عبدالعزيز عن سفيان بن حسين».

قلت: ورواية سفيان بن حسين عن الزهري فيها كثير، وانفرد عنه بأحاديث غلَّطها كبار الأئمة والعلماء، انظر لزاماً: «الفروسية» (ص ٢٣٢ ـ ٢٣٥ ـ بتحقيقي) لابن القيم.

وسويد صدوق في نفسه إلا أنه عمي فصار يتلقَّن ما ليس من حديثه، فأفحش فيه ابن معين القول؛ كما في «التقريب».

وأخرج هٰذه الرواية الطبراني في «الأوسط» (٥ / ٦٥ ـ ٦٦ / رقم ٤١١٤).

وأخرجه الطيالسي في «المسند» (رقم ١٤٤٠) ـ ومن طريقه الدارقطني في «السنن» (٤ / ٢١٧)، والبيهقي في «الكبرى» (٦ / ١٠١)، وابن عبدالبر في «التمهيد» (٢٢ / ٢٨٣) ـ؛ عن زمعة، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رفعته بلفظ: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيى من موات الأرض شيئاً؛ فهو له، وليس لعرق ظالم حق».

قال أبو حاتم الرازي: «هٰذا حديث منكر، إنما يرويه من غير حديث الزهري عن عروة مرسلاً». كذا في «العلل» (١ / ٤٧٤ / رقم ١٤٢٢) لابنه.

قلت: وزمعة بن صالح ضعيف.

ووهم فيه حجاج بن الشاعر؛ فرواه عن موسى بن داود، ثنا نافع بن عمر الجُمَحيّ، عن ابن أبي مُليكة، عن عروة بن الزبير، عن عبدالملك بن مروان، عن مروان بن الحكم رفعه.

أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٩ / ١٠٨ / رقم ٨٢٢٤)، وقال: «لا يروى هٰذا الحديث عن مروان

«هٰذه الأرض لله ورسوله ثم هي لكم من بعده»[١]، ولأنها عين لم يتقدم عليها ملك بحيث لا يستباح منها؛ فلم يفتقر تمليكها إلى إذن الإمام؛ كالحطب والحشيش[٢].

= إلا بهٰذا الإسناد، تفرّد به حجاج بن الشاعر»، وقال ابن عبدالبر عقبه: «هٰذا الاختلاف عن عروة يدل على أن الصحيح في إسناد هٰذا الحديث عنه الإرسال، كما روى مالك ومن تابعه، وهو أيضاً صحيح مسند على ما أوردنا والحمد لله، وهو حديث متلقّى بالقبول عند فقهاء الأمصار وغيرهم؛ وإن اختلفوا في بعض معانيه».

● حديث عمرو بن عوف.

قال: «وقد روي هٰذا الحديث بمثل لفظ مالك من حديث عمرو بن عوف عن النبي ﷺ».

قلت: أخرجه يحيى بن آدم في «الخراج» (رقم ٢٧٩)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣ / ٢٦٨)، وابن زنجويه في «الأموال» (٢ / ٦٣٨ / رقم ١٠٥٢)، والطبراني في «الكبير» (١٧ / ١٣ - ١٤، ١٤ / رقم ٤، ٥)، وابن عدي في «الكامل» (٦ / ٢٠٧٩)، وأبو بكر النجاد وابن راهويه في «المسند» - ومن طريقهما ابن حجر في «التغليق» (٣ / ٣٠٩) -، والبزار وابن أبي شيبة في «مسنديهما» - كما في «نصب الراية» (٤ / ٢٩٠) و «هدي الساري» (٤٢) -، والبيهقي في «الكبرى» (٦ / ١٤٧ - ١٤٨)، وابن عبدالبر في «التمهيد» (٢٢ / ٢٨٤)؛ من طرق عن كثير بن عبدالله المزني، عن أبيه، عن جده - وهو عمرو بن عوف - رفعه.

وفيه كثير بن عبدالله، ضعفه أحمد والنسائي وابن معين جداً، وقال ابن عبدالبر في «الاستذكار» (٢٢ / ٢٠٩ - ٢١٠): «كثير متروك الحديث، والحديث صحيح عن النبي ﷺ، وقد تلقاه العلماء بالقبول». وانظر: «نصب الراية» (٤ / ٢٩٠)، وتعليقي على «تقرير القواعد» (٢ / ١٢٤ - ١٢٩).

(١) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه»، وأبو يوسف (٦٥)، ويحيى بن آدم (٢٧٠، ٢٧٧) كلاهما في «الخراج»، والبيهقي (٦ / ١٤٣) من مرسل طاوس.

وإسناده غير قوي. قاله محمد بن عبدالهادي في «تنقيح التحقيق» (٣ / ٨٣).

ووصله البيهقي (٦ / ١٤٣) عنه عن ابن عباس مرفوعاً، وقال: «تفرد به معاوية بن هشام مرفوعاً موصولاً»، وفي سنده عثمان بن ناجية، وهو مستور، وأخرجه يحيى (٢٦٩)، والبيهقي (٦ / ١٤٣) عن ابن عباس قوله، وفيه ما في المرسل، ليث بن أبي سليم، والموقوف أشبه.

(٢) قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» عام في جميع الأحوال، سواء كان الإحياء بإذن الإمام أم بغير إذنه، وقد أذن فيه الإمام الأكبر محمد ﷺ، وإذنه باقٍ إلى يوم القيامة، ورحم الله الشافعي فإنه قال فيما نقله عنه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٩ / ٧): «إذا لم يكن للموات مالك؛ فمن أحياه من أهل الإسلام فهو له دون غيره، ولا أبالي أعطاه إياه السلطان أو لم يعطه؛ لأن النبي ﷺ أعطاه، وعطاء النبي ﷺ أحقّ أن يتمّ لمن أعطاه من عطاء السلطان».

ودليلنا على الشافعي أنه إذا كان بالقرب من العمران يؤدي إلى التنازع والخصومة، وأن يقول من له بقربه ملك: أنا أحق بهذا؛ لأنه بقرب ملكي، ولأني محتاج إليه لصلاح ملكي، فاحتيج إلى إذن الإمام لقطع الخصومة.

مسألة ١٠٨٦

من أحيا أرضاً وتركها حتى دثرت وعادت إلى ما كانت عليه ثم أحياها آخر فهي للثاني[(١)]، وقال أبو حنيفة[(٢)] والشافعي[(٣)]: هي للأول.

فدليلنا قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[(٤)]؛ فعم، ولأنها[(٥)] عين مباحة في الأصل عادت إلى الأصل، فأشبه الماء إذا أخذ من دجلة.

مسألة ١٠٨٧

يجوز إحياء الذمي الموات[(٦)]، خلافاً للشافعي[(٧)]؛ لعموم الخبر واعتباراً بالاصطياد والاحتطاب.

---

(١) «المدونة» (٤ / ٤٧٣ ـ ط دار الكتب العلمية)، «المعونة» (٢ / ١١٩٥)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٢٠٢)، «التلقين» (٢ / ٤٣١)، «الشرح الصغير» (٤ / ١٩٩)، «الذخيرة» (٦ / ١٤٩).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٣٤)، «البناية» (٩ / ٤٢٠)، «شرح العيني» (٢ / ٢١٦)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٤٣٣).

(٣) «الأم» (٤ / ١٤، ٤٥ ـ ٤٦)، «مختصر المزني» (١٣٠)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٣٢١ ـ ٣٢٢)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٩٦)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٦٢ ـ ٣٦٣)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٣٩ / رقم ١٤٦).

(٤) مضى تخريجه في التعليق على المسألة السابقة.

(٥) في الأصل: «ولأنه».

(٦) قال القرافي في «الذخيرة(٦ / ١٥٨): «أجاز ابن القاسم إحياء الذمي. وقاله (ح) لعموم الحديث؛ إلا في جزيرة العرب؛ لقوله عليه السلام: «لا يبقين دينان في جزيرة العرب»» اهـ.
وانظر: «جواهر الإكليل» (٢ / ٢٠٢)، «حاشية الرهوني» (٧ / ٩٨)، «منح الجليل» (٨ / ٧٩)، «مواهب الجليل» (٦ / ٤).

(٧) «الحاوي الكبير» (٩ / ٣١٩)، «روضة الطالبين» (٥ / ٢٧٩)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٦٢)، «حلية العلماء» (٥ / ٤٩٧)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٤١ / رقم ١٤٨).

مسألة ١٠٨٨

للإمام أن يحمي المراعي إذا احتاج إليها لإبل الصدقة ورأى في ذلك مصلحة[١]، خلافاً للشافعي[٢]؛ لقوله ﷺ: «لا حمى إلا لله ولرسوله»[٣]، ولأئمة المسلمين من بعده. ولأنَّ عمر حمى النَّقيع[٤]، ولأن ذلك من مصالح إرفاق المسلمين العامة؛ فكان النظر فيه إلى الإمام.

مسألة ١٠٨٩

إذا حفر بئراً في موات لسقي ماشية وبقربها كلأ لا يمكن الرعي فيه إلا بالشرب منها لم يجز له منع ما زاد على قدر حاجته لنفسه وبهائمه، ولزمه إباحته لغيره ممن يحتاج إليه بغير عوض[٥]. وقال قوم: يلزمه بذله

---

(١) «الذخيرة» (٦ / ١٥٥ ـ ١٥٦)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٢٠٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٤٧).

(٢) «الأم» (٤ / ٤٦)، «مختصر المزني» (١٣٠ ـ ١٣١)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٣٢٦ ـ ٣٢٧)، «حلية العلماء» (٥ / ٥١٣).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب المساقاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ، رقم ٢٣٧٠) من حديث الصَّعب بن جَثامة رضي الله عنه.

(٤) علقه البخاري في «صحيحه» إثر الحديث السابق عن ابن شهاب؛ قال: «بلغنا أن النبي ﷺ حمى النَّقيع، وأن عمر حمى الشَّرَفَ والرَّبَذَة»، ووصله عن ابن شهاب مرسلاً: أبو داود في «السنن» (رقم ٣٠٨٣).

وأخرج ابن سعد في «طبقاته» (٣ / ٣٠٥) بسندٍ ضعيف جداً عن أبي وجْزَة عن أبيه؛ قال: «كان عمر ابن الخطاب يحمي النَّقيع لخيل المسلمين، ويحمي الرَّبَذَة والشرف لإبل الصَّدَقة، يحمل على ثلاثين ألف بعير في سبيل الله كل سنة». وانظر: «تغليق التعليق» (٣ / ٣١٦)، «فتح الباري» (٥ / ٤٥)، «تاريخ المدينة» (١ / ١٥٥ - ١٥٦) لابن شبة، «سنن البيهقي» (٦ / ١٤٦)، «غريب الحديث» (١ / ٦١٩ و٣ / ٢٦١)، «التلخيص الحبير» (٢ / ٢٨٠).

وقد روى ابن أبي شيبة بإسنادٍ صحيح عن نافع عن ابن عمر أن عمر حمى الرَّبَذَة لِنَعَم الصَّدقة. قاله ابن حجر. وفي الأصل: «البقيع».

(٥) «المدونة» (٤ / ٤٧٣ ؛ ط دار الكتب العلمية)، «المعونة» (٢ / ١١٩٦)، «البيان والتحصيل» (١٠ / ٢٤٥)، «الذخيرة» (٦ / ١٦٥)، «جامع الأمهات» (ص ٤٤٧)، «أسهل المدارك» (٣ / ٥٥)، «مواهب الجليل» (٦ / ١٦).

بالعوض[١]. وقال بعض الشافعية: يستحب له بذله ولا يلزمه على كل وجه[٢].

ودليلنا على أنه يلزمه قوله ﷺ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[٣]، وقوله: «لا يمنع فضل بئر»[٤]، وقوله: «لا حمى إلا لله ولرسوله»[٥]، ولو لم يلزمه إرسال فضل الماء لجعلنا له أن يحمي ذلك الموضع؛ إذ لا يتمكن من رعيه؛ فدليلنا على أنه لا يستحق العوض فيه جميع ما ذكرناه.

مسألة ١٠٩٠

ما أفسدت البهائم من زرع وغيره في رعيها فإن كان نهاراً؛ فلا ضمان على أرباب الغنم إن لم يكونوا معها، وإن كان معها صاحبها ويقدر على حفظها ضمن، فإن كان ليلاً فأرسلها أو فلتت؛ فإنه ضامن[٦]، وقال أبو حنيفة: إن كان صاحبها

= وهذا مذهب الحنفية.
انظر: «الاختيار» (٣/ ٧٢)، «تبيين الحقائق» (٦/ ٤٠)، «رد المحتار» (٦/ ٤٤٠).

(١) هي رواية عن ابن القاسم وأشهب. انظر: «الذخيرة» (٦/ ١٦٥).
وهذه رواية عن أحمد.
انظر: «المغني» (٨/ ١٨٣)، «كشاف القناع» (٤/ ١٨٩)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ٨٧).

(٢) «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٢٩، ٣٣٦)، «المجموع» (١٦/ ١٥٥)، «الروضة» (٥/ ٣٠٩ ـ ٣١٠)، «حلية العلماء» (٥/ ٥٠٠).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب المساقاة، باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروي، رقم ٢٣٥٣، ٢٣٥٤)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلأ، وتحريم منع بذله وتحريم بيع ضراب الفحل، رقم ١٥٦٦)؛ عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٥)، وعبدالرزاق (٨/ ١٠٥)، والبيهقي (٦/ ١٥٢) عن عمرة بنت عبدالرحمن رفعته بلفظ: «لا يمنع نقع البئر» وهو مرسل، وقال البيهقي: «هذا هو المحفوظ مرسل»، ووصله عن عمر عائشة: أحمد (٦/ ١١٢، ١٣٩)، وإسحاق (٩٩٨، ١١٤١) في «مسنديهما»، وابن ماجه (٢٤٧٩)، والبيهقي (٦/ ١٥٢، ١٥٣) في «سننهما»، وابن حبان (١١٤١ ـ موارد)، والحاكم (٢/ ٦١)، والخطيب (١٢/ ٤٣٥)، وابن عبدالبر (١٣/ ١٢٤ - ١٢٥).

(٥) مضى تخريجه في المسألة السابقة (١٠٨٨).

(٦) «تفسير القرطبي» (١١/ ٣١٤)، «التفريع» (٢/ ٢٨٢)، «الكافي» (٦٠٦)، «المعونة» (٣/ =

معها فلا ضمان عليه في ليل ولا نهار[1].

ودليلنا حديث البراء: «أن ناقة له دخلت حائط رجل فأفسدت زرعاً له، فقضى رسول الله ﷺ أن على أرباب الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت المواشي بالليل؛ فهو ضمان على أهلها، وروي: أنَّ على أهلها ما أصابت بالليل[2].

ولأن العادة أن أرباب الزروع يحفظونها نهاراً؛ لأن المواشي تسرح للرعي ولا يمكن أهلها الكون معها في كل موضع وأن أرباب المواشي يحفظونها ليلاً ويمنعونها من السرح، فإذا أرسلوها ليلاً وفرطوا في حفظها ضمنوا بتفريطهم

= ١٣٧٠)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٢٣)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٤٢)، «الخرشي» (٨ / ١١٢ـ ١١٣)، «الفروق» (٤ / ١٨٦)، «تبصرة الحكام» (٢ / ٣٥٥ـ ٣٥٦).

ونحوه مذهب الحنابلة.

انظر: «المحرر» (٢ / ١٦٢)، «المغني» (١٢ / ٥٤١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٣٣١)، «الإنصاف» (١٢ / ٥٤١).

وانظر مذهب الشافعية في: «اختلاف الحديث» (٧ / ٤٠٢ ـ مع «الأم»)، «روضة الطالبين» (١٠ / ١٩٥)، «مغني المحتاج» (٤ / ٢٠٤)، «حاشية الشرواني» (٩ / ٢٠٧ ـ ٢٠٨)، «حاشية الشبراملسي» (٨ / ٣٥).

(١) «مختصر الطحاوي» (٢٥١ ـ ٢٥٢)، «اللباب» (٣ / ١٦٤)، «تبيين الحقائق» (٣ / ١٥٢)، «جامع الفصولين» (٢ / ١١٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢١١ / رقم ٢٣١٠)، «نتائج الأفكار» (١٠ / ٣٣٢).

وهٰذا مذهب الظاهرية. انظر: «المحلى» (١٢ / ٣٣٥).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢ / ٧٤٧ – ٧٤٨)، وأحمد في «المسند» (٤ / ٢٩٥ و٥ / ٤٣٩)، وأبو داود في «السنن» (رقم ٣٥٦٩، ٣٥٧٠)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٨٥ ـ ٥٧٨٧)، وابن ماجه في «السنن» (رقم ٢٣٣٢)، والطحاوي في «المشكل» (٦١٥٦ ـ ٦١٥٩) و«شرح معاني الآثار» (٣ / ٢٠٣)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٤٧ ـ ٤٨)، والدارقطني في «السنن» (٣ / ١٥٥)، والبيهقي في «السنن» (٨ / ٣٤١ ـ ٣٤٢)؛ عن ابن شهاب أن مُحيِّصة الأنصاري أخبره أن ناقةً للبراء كانت ضاريةً، ودخلت في حائط قوم، فأفسدت فيه. . . بنحوه.

هٰكذا رواه أصحاب الزهري أن ابن شهاب أن محيّصة مرسلاً، وبعضهم وصله؛ فخالف الأكثرين الثقات.

وانظر: «التمهيد» (١١ / ٨١)، تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٣٢٦٥ ـ ٣٢٦٧).

وتحريره أن يقال: إنها بهيمة أتلفت زرعاً؛ فكان الضمان ممن كان التفريط منه، أصله إذا كانت يد صاحبها عليها، وبالله التوفيق[1].

* * * *

(١) الأصل: حفظ المواشي ليلاً، وحفظ الحدائق نهاراً، وهٰذه عادة جارية بين الناس، والدليل على هٰذا قوله تعالى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ * فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٧٨ ـ ٧٩]، فقد حكم نبي الله داود عليه السلام بالتعويض بالقيمة، وحكم سليمان عليه السلام بالتعويض بالمثل رفقاً بالطرفين، وذٰلك جزاء ما أفسدت الماشية بالليل؛ لأن النفش رعي الليل.

وقد اشترط بعض الفقهاء لإيجاب الضمان عدم التقصير في الحفظ، فإن كسرت البهائم الباب أو فتحته فما أتلفته هدر.

ومما ينبغي ذكره أن الموجب للضمان ليلاً هو إتلاف الزرع ونحوه، لا شيء في غيره، كما لو وطئت دابة رجلاً نائماً فقتلته، وبهٰذا قال المالكية وغيرهم، ويرى الجمهور أنه إذا كان الحيوان مشهوراً بالعداء على الزرع فعلى أربابها الضمان مطلقاً، طولب أصحابها بإمساكها أو لم يطالبوا، سواء كان إتلافها ليلاً أو نهاراً.

انظر: «إعلام الموقعين» (٢ / ٤٤)، «التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي» (ص ٩٣ ـ ٩٩).

كتاب الحبس[١] والوقف والهبات

مسألة ١٠٩١

الوقف يصح ويلزم في الحياة والممات من غير افتقار إلى حكم حاكم به[٢]، والمشهور عن أبي حنيفة منعه، وأنه غير جائز، ولا لازم، وأصحابه يحكون عنه في هٰذا العصر أنه جائز[٣]، ولٰكن لا يلزم إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به حاكم أو بأن يوصي في مرضه أن يوقف بعد موته فيصح، ويكون من ثلثه؛ كالوصية، إلا أن يكون مسجداً أو سقاية؛ فإن وقف ذٰلك يصح، ولا يحتاج إلى حكم حاكم به.

فدليلنا قوله عز وجل: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وحديث عمر أنه قال لرسول الله ﷺ: «إني أصبت أرضاً بخيبر وهي من أنفس مال أصبت، وإني أريد أن أتصدق به. فقال رسول الله ﷺ: «حبِّس الأصلَ وسبِّل الثَّمرةَ». وكتب عمر به

(١) كتب ناسخ الأصل في الهامش: «كذا، ولعله أراد بالحبس تحبيس الحيوان والعروض لأنه كان يسمى عند العرب بالحبس والاحتباس».

(٢) «المدونة» (٤ / ٣٤٣)، «التفريع» (٢ / ٣٠٧)، «الرسالة» (٢٣٠)، «الكافي» (٥٣٦)، «المعونة» (٣ / ١٥٩١)، «الذخيرة» (٦ / ٣٢٢)، «التلقين» (٢ / ٥٤٨)، «أسهل المدارك» (٣ / ١٠١)، «مواهب الجليل» (٦ / ٢٩)، «معين الحكام» (٢ / ٧٢١ ـ ٧٢٢)، «المنتقى» (٦ / ١٢٢)، «الشرح الكبير» (٤ / ٧٦)، «الشرح الصغير» (٤ / ٩٧ ـ ٩٨)، «الفروق» (٢ / ١١١)، «حاشية الرهوني» (٧ / ١٣٠).

(٣) «الوقف» لهلال الرأي (٣ ـ ٥)، «أحكام الأوقاف» (١١٠) للخصاف، «تبيين الحقائق» (٣ / ٣٢٥)، «مختصر الطحاوي» (١٣٦ ـ ١٣٨)، «المبسوط» (١٢ / ٢٧)، «اللباب» (٢ / ١٨٠)، «الاختيار» (٣ / ٤٠)، «فتح القدير» (٦ / ٢٠٣)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٤٩٤)، «الدر المختار» (٣ / ٣٩١)، «العقود الدرية» (٢ / ٢٠٦).

شرطه: هٰذا ما تصدَّق به عمر بن الخطاب صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث للفقراء وللغرباء والقربى وفي الرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل»[١]؛ ففيه أدلة:

أحدها: أن قوله: «حبس الأصل» يقتضي أن يجعله محبوساً يقطع التصرف فيه بالبيع ونقله عما هو عليه.

والثاني: علمنا بأن عمر قصد القربة ورجع إلى النبي ﷺ في كيفية ما يفعله، فلما قال: «حبس الأصل» لم يجز له العدول عن هٰذا.

والثالث: ما كتب به أنه لا يباع ولا يوهب.

ولأنه إجماع الصحابة لأنه قد فعله أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وعائشة وزيد بن ثابت ورافع بن خديج وخالد بن الوليد وجابر وابن عمر وأم سلمة وحفصة[٢]، ولم يحفظ عن أحد الامتناع منه، وبذٰلك احتج مالك على أبي

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، رقم ٢٧٣٧)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الوصية، باب الوقف، رقم ١٦٣٢)؛ عن عمر.
وخرجته بتفصيل في تعليقي على «تقرير القواعد» (٢ / ٤٩ ـ ٥٠) لابن رجب.
وانظر غير مأمور: «مسند عمر» (٤٤ ـ ٥٥) لأبي بكر النجاد، و «مسند الفاروق» (١ / ٣٦٥ ـ ٣٦٦)، وفيه «صورة كتاب وقف عمر رضي الله عنه».

(٢) قال البخاري في «صحيحه» (كتاب الوصايا، باب إذا أوقف أرضاً أو بئراً، رقم ٢٧٧٨): «وأوقف أنس داراً، فكان إذا قدمها نزلها وتصدق الزبير بدوره... وجعل ابن عمر نصيبه من دار عمر سكنى لذوي الحاجة من آل عبدالله».
وأخرج البيهقي في «سننه» (٦ / ١٦١) عن أبي بكر عبدالله بن الزبير الحميدي؛ قال: وتصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي إلى اليوم، وتصدَّق عمر بن الخطاب رضي الله عنه بربعة عند المروة وبالثنية على ولده فهي إلى اليوم، وتصدق علي بأرضه بينبع فهي إلى اليوم، وتصدق الزبير بن العوام بداره بمكة في الحرامية وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده، فذٰلك إلى اليوم، وتصدق سعد بن أبي وقاص بداره بمصر على ولده، فذٰلك إلى اليوم، وعثمان بن عفان برومة فهي إلى اليوم، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذٰلك إلى اليوم». قال: «وما لا يحضرني ذكره كثير، يجزني منه أقل مما ذكرت».
ووقف أبي طلحة أخرجه البخاري في «صحيحه» (رقم ٢٧٦٩)، ووقف عثمان عنده أيضاً برقم =

يوسف حتى اضطره إلى ترك مذهب صاحبه والقول بمذهب مالك[١]، ولأنه تحبيس عقار على وجه القربة فأشبه المسجد والمقبرة، ولأن كل ما جاز أن يلزم بالوصية بعد الوفاة جاز أن يلزم بقوله حال الحياة؛ كالعتق، ولأنها جهة من جهات البر؛ فجاز أن يلزم بغير حكم الحاكم، أصله الهبة والصدقة[٢].

= (٢٧٧٨) ووقف خالد عنده برقم (١٤٦٨) وسيأتي لفظه في مسألة (١٠٩٤).
وانظر سائر الآثار في: «سنن الدارمي» (٢ / ٣٠٧)، «تغليق التعليق» (٣ / ٤١٥ ـ فما بعد)، «سنن الدارقطني» (٢ / ٥٠٨)، «الفتح الرباني بترتيب مسند الإمام أحمد الشيباني» (١٥ / ١٧٩ ـ ١٨٠)، «سبل السلام» (٣ / ٨٦)، «السنن الكبرى» للبيهقي (٦ / ١٦٠ ـ ١٦٣، ١٦٦ - ١٦٧)، «المحلى» (٩ / ١٧٦)، «نصب الراية» (٣ / ٤٧٧ وما بعد)، «مجمع الزوائد» (٣ / ١٢٩)، «كنز العمال» (١٦ / ٦٣٤، ٦٣٦ - ٦٣٧)، «التلخيص الحبير» (٣ / ٦٧ - ٦٩)، «منهج اليقين في بيان أن الوقف الأهلي من الدين» (ص ٢ وما بعد) للشيخ محمد حسنين مخلوف، «أحكام الوقف» (١ / ٩٩ ـ ١٠٤) للكبيسي.

(١) انظر تفصيل ذلك في: «المبسوط» (١٢ / ٢٨)، «الإسعاف» (٣)، «آداب الشافعي ومناقبه» (١٩٧ ـ ١٩٨) لابن أبي حاتم الرازي، «المنتقى» (٦ / ١٢٢) للباجي، «تيسير الوقوف» (١ / ٢٦)، «حاشية الرهوني» (٧ / ١٣٠)، «القوانين الفقهية» (ص ٣٦٩).

(٢) القول بمشروعية الوقف هو الصواب، وهو قول جماهير العلماء سلفاً وخلفاً، إلا ما روي عن القاضي شُريح أنه كان يرى الوقف باطلاً غير جائز، وذهب عامة الإباضية إلى أن الوقف منسوخ!! والذي يستقرىء كتب الحنفية يجد المتأخرين منهم معنين كثيراً بنفي المنع عن إمامهم، وإن اعتدلوا حاولوا تقريبه مما ذهب إلى جمهور الفقهاء، كما فعل صاحب «الإسعاف» والكاساني.
ومن إنصاف ابن الهمام قوله في «فتح القدير» (٦ / ٢٠٧): «والحق يرجِّح قول عامة العلماء بلزومه؛ لأن الأخبار والآثار متضافرة عليه قولاً، كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يباع ولا يوهب...»، وتكرر هذا في أحاديث كثيرة، واستمر عمل الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك، أولها صدقة النبي ﷺ ثم الصديق وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأختها أسماء وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبدالله وعقبة بن عامر وأبي أروى الدوسي وعبدالله بن الزبير، كل هؤلاء من الصحابة، ثم التابعين بعدهم رضي الله عنهم، وتوارث الناس أجمعون ذلك».
قال: «وبالجملة؛ فلا يبعد أن يكون إجماع الصحابة العملي ومن بعدهم».
وقال القرطبي في «تفسيره» (٤ / ١٣٢): «رد الوقف مخالف للإجماع فلا يلتفت إليه». قال: «وأحسن ما يعتذر به عمن رده ما قال أبو يوسف رحمه الله؛ فإنه أعلم بأبي حنيفة رضي الله عنه من غيره، وفي بعض كتب علماء الحنفية: أن محمداً استبعد قول أبي حنيفة رضي الله عنه بعد لزومه لهذا، وسماه تحكماً على الناس بغير حُجَّة».

مسألة ١٠٩٢

ويصح وقف المشاع[(١)]، خلافاً لمحمد بن الحسن[(٢)]؛ لحديث عمر: «أنه وقف مئة سهم»[(٣)]، ولأن كل عرصة جاز بيعها جاز وقفها؛ كالمقسوم[(٤)].

= وانظر: «أحكام الوقف» (ص ٢٢ ـ ٢٣، ١٠٦ ـ ١٠٧) لأستاذنا العلامة مصطفى الزرقاء ـ رحمه الله تعالى ـ، «أحكام الوقف» (١ / ١٠٦ ـ ١١١) للكبيسي، «الوصايا والوقف» (ص ١٣٦ ـ ١٣٩) للزحيلي، «تيسير الوقوف» (١ / ١٧ ـ ٢٧) للمناوي.

(١) «المدونة» (٤ / ٣٤٢)، «التفريع» (٢ / ٣٠٨ ـ ٣١٠)، «الكافي» (٥٣٦)، «المعونة» (٣ / ١٥٩٣)، «الذخيرة» (٦ / ٣١٤)، «التلقين» (٢ / ٥٤٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٤٨)، «الشرح الكبير» (٤ / ٧٦).

(٢) «فتح القدير» (٥ / ٤٥)، «الدر المحتار» (٣ / ٣٩٩، ٤٠٩)، «مختصر الطحاوي» (١٣٦ ـ ١٣٧)، «اللباب» (٢ / ١٨١)، «المبسوط» (١٢ / ٣٦ ـ ٣٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٥٩ / رقم ١٨٤٩)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٦٥٢ ـ ٦٥٣)، «أحكام الوقف» (١١٩) لهلال الرأي، «الهداية» (٥ / ٤٤ ـ بهامش «فتح القدير»)، «حلية العلماء» (٦ / ١٢ ـ ١٣)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٤٤ / رقم ١٥٠).

(٣) أخرجه النسائي (٦ / ٢٣١، ٢٣٢)، وابن ماجه (رقم ٢٣٩٧)، والبيهقي (٦ / ١٦٢) في «سننهم»، وغيرهم. وانظر: «فتح الباري» (٥ / ٤٠٠).
وإسناده صحيح. وأصله في «الصحيحين» كما مضى في التعليق على مسألة (رقم ١٠٩١).

(٤) الراجح مشروعية وقف المشاع وهذا مذهب جمهور العلماء، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف؛ لأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً؛ فجاز مشاعاً؛ كالبيع، ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل من المشاع، كما يحصل من المفرز، ويدل عليه تبويب البخاري في «صحيحه» في (كتاب الوصايا، باب إذا أوقف جماعةٌ أرضاً مُشاعاً فهو جائز).
وأخرج تحته برقم (٢٧٧٢) بسنده إلى أنس؛ قال: أمر النبي ﷺ ببناء المسجد، فقال: «يا بني النجار! ثامنوني بحائطكم هذا». قالوا: لا والله، لا نطلبُ ثمنه إلا إلى الله.
ووجه الاستدلال ـ كما في «فتح الباري» (٥ / ٣٩٩) ـ أن ظاهره: أنهم تصدقوا بالأرض لله عز وجل، فقبل النبي ﷺ ذلك؛ ففيه دليل لما ترجم له.
أي: أقرهم النبي ﷺ وما أنكر عليهم وكان وقفهم مشاعاً.
وانظر غير مأمور: «الأم» (٤ / ٥١ ـ ٥٢)، «نيل الأوطار» (٦ / ١٣٣)، «حلية العلماء» (٦ / ١٢ ـ ١٣)، «روضة الطالبين» (٥ / ٣١٤)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٧٧ ـ ٣٧٨)، «المغني» (٦ / ٢٣٨ ـ مع «الشرح الكبير»)، «البحر الرائق» (٥ / ٢١١)، «اللباب» (٢ / ١٨١)، «شرح فتح القدير» (٥ / =

مسألة ١٠٩٣

رقبة الوقف على ملك الواقف[1]، وللشافعي ثلاثة أقاويل:

أحدها: مثل هٰذا.

والثاني: ينتقل إلى الموقوف عليهم.

والثالث: إلى الله تعالى[2].

فدليلنا على أنه على ملك الواقف قوله ﷺ لعمر: «حبِّس الأصل وسَبِّل الثمرة»[3]، وهٰذا يقتضي تبقيته على ما كان عليه، ولأن المالك تصدق بالمنافع وألزم نفسه ذٰلك وليس في هٰذا إخراج الأصل عن ملكه؛ كالعارية.

= ٤٥)، «تيسير الوقوف» (١ / ٤١ ـ ٤٢) للمناوي، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٥٠٤)، «أحكام الوقف» (١ / ٣٨٦) للكبيسي، «الوصايا والوقف» (١٤٣) للزحيلي.

(١) «منح الجليل» (٣ / ٣٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٤٩)، «الشرح الصغير» (٤ / ٩٧)، «القوانين الفقهية» (٣٧٠)، «الفروق» (٢ / ١١١)، «الخرشي» (٧ / ٧٨).

وهٰذا ما رجحه ابن الهمام من الحنفية في «فتح القدير» (٥ / ٤٠)، وأبو حفص بن الوكيل من الشافعية؛ كما في «الحاوي الكبير»، وروي عن أحمد.

انظر: «المغني» (٦ / ١٩٠ ـ مع «الشرح الكبير»).

(٢) «المهذب» (١ / ٤٤٩)، «السنن الكبرى» (٦ / ١٥٩)، «حلية العلماء» (٦ / ١٣)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٨٩)، «تيسير الوقوف» (١ / ٤٥، ١٢٧).

والراجح عندهم أنه ينتقل إلى حكم ملك الله سبحانه، وبه قال الحنفية والظاهرية وإحدى الروايات عن أحمد.

انظر: «العناية» (٥ / ٤٠)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٢٠)، «اللباب» (٢ / ١٨٠ ـ ١٨٤)، «الدر المحتار» (٣ / ٣٩٥ ـ ٣٩٩)، «المحلى» (٩ / ١٧٨)، «الكافي» (٢ / ٤٥٥) لابن قدامة.

والقول بأنه ينتقل إلى الموقوف عليهم، هو قول مرجوح عند الشافعية، وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «تقرير القواعد» (٢ / ٢٨٧ و٣ / ٣٥٩، ٣٦٢ ـ ٣٦٣ ـ بتحقيقي)، «غاية المنتهى» (٢ / ٣٠٦)، «الفواكه العديدة» (ص ٤٩٥).

وانظر: «أحكام الوقف» (١٠٥) لأستاذنا الشيخ مصطفى الزرقاء ـ رحمه الله تعالى ـ، «الوصايا والوقف» (١٤٧) للزحيلي، «أحكام الوقف» (١ / ٢١٢ ـ ٢٢٠) للكبيسي.

(٣) مضى تخريجه مسألة رقم (١٠٨١).

ودليلنا على أنه لا ينتقل إلى الموقف عليهم ما ذكرناه من قوله: «حبِّس الأصل وسبل الثمرة»، ففيه دليللان:

أحدهما: أن التحبيس ينفي نقل المالك؛ لأن من ملك غيره شيئًا لا يقال حبّسه.

والثاني: أنه فرق بينه وبين الثمرة.

وقد ثبت أن الثمرة تخرج عن ملكه إلى ملك الموقف عليهم؛ فدل على أن الأصل لا يكون ملكًا لهم، ولأنه لو كان ملكًا لهم لم يجز فيه شرط المنع من البيع والهبة والتصرف ولا صرفه إلى وجه آخر بعد موتهم، ولأنه كان يجوز لهما أن يتقارا على فسخه، وذلك باطل.

ودليلنا على أنه لا يجوز أن يكون انتقل إلى غير مالك إن كل ما لا يصح عتقه ولا بيعه؛ فلا بد له من مالك اعتبارًا بالحيوان والعروض[1].

---

(١) رجح ما قرر المصنف ودافع عنه ابن الهمام، قال في «فتح القدير» (٥/ ٤٠): «وهذا ـ أي رأي مالك ـ أحسن الأقوال، فإن خلاف الأصل والقياس ثابت في كل من القولين، وهو خروجه لا إلى مالك، وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه بيعه وهبته، وكل منهما له نظير في الشرع.
فمن الأول ـ أي خروجه لا إلى مالك ـ: المسجد والمقبرة.
ومن الثاني ـ أي: ثبوت الملك فيه ـ: أم الولد يكون الملك فيها باقيًا، وكذا المدبر المطلق عندنا؛ فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل، ولا شك أن الملك الواقف كان متيقن الثبوت، والمعلوم بالوقف أن شرطه عدم البيع ونحوه، فليثبت ذلك القدر فقط، ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل، ولم يتحقق، فإنّ الذي في الحديث في بعض الروايات: «تصدق بأصله» مع أنه ليس على ظاهره وإلا لخرج إلى مالك آخر، ثم رأينا غيره بينه بقوله: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها»؛ أي: بالثمرة أو الغلة، وظاهره حبسها على ما كان، فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك.
ثم يعقد ابن الهمام مقارنة بين الأحاديث والروايات الواردة في وقف عمر رضي الله عنه ـ حيث يقول (٥/ ٤١): «والحاصل أنه ثبت قوله ﷺ لعمر: تصدق، وقوله: حبس، والمفهومان مختلفان؛ لأن معنى تصدق بأصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى «حبس» أحبسه، أي: على ما كان، ولا يمكن أن يراد بهما إلا معنى أحدهما، وإلا كان ﷺ مجيبًا لعمر رضي الله عنه ـ في حادثة واحدة بأمرين متنافيين، فأما أن يحمل «حبس» على معنى «تصدق» والاتفاق على نفيه ـ أي: نفي هذا =

مسألة ١٠٩٤

وعنه في حبس الحيوان والسلاح روايتان:

إحداهما: اللزوم[١].

والأخرى: نفيه[٢].

فدليلنا على اللزوم قوله ﷺ في خالد: «إنه احتبس أدرعه وأعتده في سبيل الله»[٣]، ولأنه أصل يبقى ويصح الانتفاع به؛

= الحمل؛ إذ لا يقول واحد من الثلاثة ـ أي: أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف ـ بملك الواقف للعين؛ فوجب أن يحمل «تصدق» على معنى «حبس».

(١) «المدونة» (٤/ ٣٤٢) «التفريع» (٢/ ٣٠٨)، «الكافي » (٥٣٦)، «الذخيرة» (٦/ ٣٢٧فما بعد)، «المعونة» (٣/ ١٥٩٣)، «التلقين»(٢/ ٥٤٨)، «حاشية الدسوقي»(٤/ ٩٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٤٨)، «معين الحكام» (٢/ ٧٢٣)، «الشرح الصغير»(٤/ ١٠١)، «أسهل المدارك» (٣/ ١٠٠، ١١٠)، «مواهب الجليل» (٦/ ٢١).

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية وبه قال أبو يوسف من الحنفية، وقال محمد: يجوز وقف الخيل دون غيرها، وقال أبو حنيفة: لا يجوز وقف الحيوان.

انظر: «الأم» (٤/ ٥٧)، «المهذب» (١/ ٤٤٠)، «تكملة المجموع» (١٤/ ٥٧٧)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٧٧ ـ ٣٧٨)، «روضة الطالبين» (٥/ ٣١٤)، «الحاوي الكبير» (٧/ ٥١٧ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مختصر الخلافيات» (٣/ ٤٥٤/ رقم ١٥١)، «مختصر الطحاوي» (ص ١٣٧)، «فتح القدير» (٥/ ٤٣٠ ـ ٤٣١)، «المغني» (٨/ ٢٢٨ ـ ٢٢٩، ٢٣١)، «الإنصاف» (٧/ ٧)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ٨٩ ـ ٩٠)، «منتهى الإرادات» (٢/ ٣٩٩ ـ ٤٠٠)، «كشاف القناع» (٤/ ٢٤٣)، «المحلى» (٩/ ١٧٦).

وانظر: «الوصايا والوقف» (١٤٠) للزحيلي، «شذا العرف في أحكام الوقف» (٢٦).

(٢) المراجع السابقة.

والمنع مذهب أبي حنيفة.

انظر: «أحكام الوقف» (ص٣) للخصاف، «الاختيار» (٣/ ٤٢)، «فتح القدير» (٦/ ٢١٦)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٣٢٧)، «الدر المختار» (٣/ ٣٩٣).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الزكاة قول الله تعالى: ﴿وفي الرقاب... وفي سبيل الله﴾، رقم ١٤٦٨)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الزكاة، رقم ٩٨٣) عن أبي هريرة.

كالعقار[١].

مسألة ١٠٩٥

إذا وقف داراً فخربت لم يجز بيعها[٢]، خلافاً لأحمد بن حنبل[٣]؛ لأن ذٰلك إبطال شرط الواقف في حقوق النظر والثاني والثالث، واعتباراً به إذا لم تخرب، ولأن العمارة تنتقل من مكان إلى مكان[٤].

---

(١) القول باللزوم هو الصحيح، ودلت عليه بعض الآثار، ولها حكم الرفع، كما قال ابن الهمام في «فتح القدير» (٥ / ٤٢). وانظر: «نصب الراية» (٣ / ٤٧٧).

(٢) «المدونة» (٤ / ٣٤٢)، «التفريع» (٢ / ٣٠٧ ـ ٣٠٨)، «الكافي» (٥٤١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٣)، «التلقين» (٢ / ٥٤٨)، «التاج والإكليل» (٦ / ٤٢)، «الخرشي» (٧ / ٩٥)، «معين الحكام» (٢ / ٧٢٤)، «رسالة الحطاب في بيع الأحباس» (ص ٤)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٩١)، «المعونة» (٣ / ١٥٩٤) ـ وفيه: «وجواز بيعه محكي عن ربيعة، وأظن بعض أصحابنا يذهب إليه ولست أحققه في هٰذا الوقت» ـ.

قلت: هو قول عبدالملك. انظر: «الكافي» (٥٤١).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «المهذب» (١ / ٤٤٥)، «مغني المحتاج» (٢ / ٢٩١ ـ ٢٩٢)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٢٨٦)، «تيسير الوقوف» (١ / ١٥١ ـ وما بعد).

(٣) «تقرير القواعد» (٣ / ٧٥ ـ بتحقيقي)، «الاختيارات العلمية» (١٠٧)، «الفروع» (٤ / ٦٢٢)، «المبدع» (٥ / ٣٥٣، ٣٥٤)، «المغني» (٦ / ٢٢٧ ـ مع «الشرح»)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٠)، «الذيل على طبقات الحنابلة» (١ / ١٧٠ ـ ١٧١) ـ وفيه مناظرة دارت بين ابن عقيل وأبي سعد المخرّمي في المسألة ـ، «غاية المنتهى» (٢ / ٣٠٦)، «الفواكه العديدة» (ص ٤٩٥)، «المنح الشافيات» (٢ / ٢٥٤).

وهٰذا قول للحنفية.

انظر: «الوقف» (٩٤ ـ ٩٥) لهلال، «فتح القدير» (٥ / ٥٩)، «البحر الرائق» (٥ / ٢٤٠ ـ ٢٤٣)، «الفتاوى الخانية» (٣ / ٣٠٧)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٥٣٧).

(٤) مع تسليمنا أن الوقف ينبغي أن يكون مؤبّداً، إلا أنه إذا قام مانع من التأبيد فإنه يمكن تأبيده على وجه يخصصه استيفاء الغرض، وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى؛ فالجمود على العين مع تعطيلها، تضييع للغرض، أصله: الهدي إذا أصابه عطب في الطريق، يذبح في الحال، وإن كان يختص بموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن، وترك مراعاة المحل =

مسألة ١٠٩٦

إذا وقف على نفسه لم يصح الوقف[(١)]، خلافاً لأبي يوسف[(٢)]؛ لأن من ملك شيئاً بجهة من الجهات لم يملك نقله إلى نفسه بغير تلك الجهة، أصله إذا وهب

= الخاص عند تعذره، لأن مراعاته مع تعذره تقضي إلى فوات الانتفاع بالكلية؛ فهٰذا الوقف المعطل المنافع.
انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١ / ٢٢٠، ٢٥٢، ٢٥٣)، «أحكام الوقف» (٢ / ٥٣) للكبيسي، «الوصايا والوقف» (١٤٧).

(١) «مواهب الجليل» (٦ / ٢٤ ـ ٢٥)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٨٠)، «المعونة» (٣ / ١٦٠٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٤٩).

(٢) «أحكام الوقف» (٧١) لهلال الرأي، «الإسعاف» (١٧٩) للخصاف، «اللباب» (٢ / ١٨٥ ـ ١٨٦)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٥٣٥)، «فتح القدير» (٥ / ٥٧) ـ وفيه بعد كلام: «ترجح قول أبي يوسف، قال الصدر الشهيد: والفتوى على قول أبي يوسف، ونحن نفتي بقوله ترغيباً للناس في الوقف، واختاره مشايخ بلخ» ـ، «المبسوط» (١٢ / ٤١، ٤٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٦٣ / رقم ١٨٥٢) ـ وفيه: «قال بشر عن أبي يوسف: ولو استثنى أن ينفق منها على نفسه من الصدقة الموقوفة حياته، وهي للأبد فإن ذٰلك جائز» ـ، «الفتاوى الهندية» (٢ / ٣٧١) ـ وفيه عن قول أبي يوسف: «وهو المختار» ـ، «الفتاوى الخانية» (٢ / ٣٢٣).
وهٰذا اختيار بعض الشافعية، وهو رواية عند الحنابلة.
قال المناوي في «تيسير الوقوف» (١ / ٥٤): «لا يصح وقف المالك على نفسه، خلافاً لابن سريج، وطائفة، منهم: الزبيري، والجوري، والروياني، وغيرهم، وصنف فيه محمد بن عبدالله الأنصاري جزءاً ضخماً أطال فيه».
وقال ابن رجب في «تقرير القواعد» (٣ / ٣٦٣ ـ بتحقيقي): «الوقف على نفسه في صحته روايتان، وبناهما أبو الخطاب على هٰذا الأصل، فإن قلنا: الوقف ملك للموقوف عليه لم يصح وقفه على نفسه؛ لأنه لا يصح أن يزيل الإنسان ملك نفسه إلى نفسه، وإن قلنا: لله تعالى صح».
وانظر: «المغني» (٦ / ١٩٣ ـ مع «الشرح الكبير»)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥)، «مطالب أولي النهى» (٤ / ٢٨٤ ـ ٢٨٥).
وتخريج أبي يوسف الجواز بناءً على أصله في صحة الوقف على جهة يتوهم انقطاعها، وإن لم يجعل آخرها للمساكين. انظر: «البحر الرائق» (٥ / ٢١٣).
وهٰذا مذهب الظاهرية. انظر: «المحلى» (٩ / ١٧٥).
وانظر: «أحكام الوقف» (١ / ٤٣٠ ـ ٤٥٠) للكبيسي.

لنفسه شيئاً من ماله[١].

مسألة ١٠٩٧

عقد الهبة يصحب بالقبول والإيجاب ويلزم من غير قبض[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣] والشافعي[٤]؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله ﷺ: «الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه»[٥]، ولم يفرق، ولأنه عقد من العقود؛ فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود، ولأنه تمليك عين في حال الحياة؛ فوجب أن يلزم بمجرد الإيجاب والقبول، أصله البيع، ولأنه عقد إرفاق وتبرر؛ فيجب أن يلزم بمجرد القول، أصله الوقف، ولأنها عطية؛ فوجب أن تلزم بنفس القول وحصول صفة الإيجاب والقبول؛ كالوصية، ولأنها هبة وجد فيها الإيجاب والقبول؛ كالمقبوضة.

---

(١) قول النبي ﷺ لعمر: «حبس الأصل وسبل الثمرة» فيه أن تسبيل الثمرة يمنع أن يكون للواقف فيها حق، والوقف صدقة، ولا تصح صدقة الإنسان على نفسه، والوقف عقد يقتضي زوال الملك ويوجب إزالة ملك باستحداث غيره، فإذا وقف على نفسه لم يزل بالوقف ملكاً، ولا استحدث به ملكاً؛ فلا يجوز أن يكون وقفاً.
انظر: «نيل الأوطار» (٦ / ٢١).

(٢) «المدونة» (٤ / ٣٤٨)، «التفريع» (٢ / ٣١١)، «الكافي» (٥٣٢)، «الخرشي» (٧ / ٩١)، «التلقين» (٢ / ٥٥٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٤).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٣٨)، «المبسوط» (١٢ / ٤٢، ٨٧)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٢٦٥، ٢٧١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٣٧ / رقم ١٨٣٦)، «فتح القدير» (٧ / ١٢٧ ـ ١٢٨)، «شرح العيني» (٢ / ١٤٣).

(٤) «الأم» (٤ / ٦١)، «الإقناع» (١٢٠)، «المهذب» (١ / ٤٤١)، «روضة الطالبين» (٥ / ٣٢٨ ـ ٣٢٩، ٣٧٩)، «مغني المحتاج» (٢ / ٣٨٥)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٨)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٥٥ / رقم ١٥٣).

(٥) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، رقم ٢٦٢١)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة، رقم ١٦٢٢) عن ابن عباس مرفوعاً.

مسألة ١٠٩٨

هبة المشاع والتصدق به جائز كان مما ينقسم؛ كالعقار، أو مما لا ينقسم؛ كالعبيد والحيوان[١]، وقال أبو حنيفة: يجوز فيما لا ينقسم ولا يجوز فيما ينقسم[٢].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، والعفو ها هنا هبة ما يجب من النّصف، فلم يفرق بين أن يكون الصداق مما ينقسم أو مما لا ينقسم، وروي أنه ﷺ «اشترى سراويل بأربعة دراهم فقال للوَزّان: «زن وأرجح»[٣]، وذلك هبة المشاع، ولأن كل ما يجوز بيعه يجوز هبته؛ كالمحوز،

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٥٣)، «المعونة» (٣ / ١٦٠٩)، «التفريع» (٢ / ٣١٢)، «التلقين» (٢ / ٥٥٠)، «الكافي» (٥٢٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٢٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ٩٠)، «معين الحكام» (٢ / ٧٤٦). وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.
انظر: «الأم» (٤ / ٦٢)، «المجموع» (١٦ / ٢٤٥)، «روضة الطالبين» (٥ / ٣٧٦)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٦٠ / رقم ١٥٤)، «المغني» (٨ / ٢٤٧)، «الإنصاف» (٧ / ١٣١)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٣٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٩١)، «كشاف القناع» (٤ / ٣٠٥).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٣٧)، «اللباب» (٢ / ١٧٢)، «الاختيار» (٣ / ٤٩)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٢٥٧)، «رد المحتار» (٥ / ٦٨٨)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٢٩١ ـ ٢٩٢)، «فتح القدير» (٩ / ٢٧)، «المبسوط» (١٢ / ٦٤، ٦٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٣٩ / رقم ١٨٣٧)، «إيثار الإنصاف» (٢٨٠)، «شرح العيني» (٢ / ١٤٤)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٥٠٤)، «الجوهر النقي» (٦ / ١٧١).

(٣) أخرجه الطيالسي (١١٩٣) وأحمد (٤ / ٣٥٢) في «مسنديهما»، وعبدالرزاق (١٤٣٤١) وابن أبي شيبة (٦ / ٥٨٦) في «مصنفيهما»، والبخاري في «التاريخ الكبير» (٤ / ١٤٢ / رقم ٢٢٥٤)، والدارمي (٢٥٨٨)، وأبو داود (٣٣٣٦)، والترمذي (١٣٠٥)، وابن ماجه (٢٢٢٠، ٣٥٧٩)، والنسائي (٧ / ٢٨٤)، والبيهقي (٦ / ٣٢ ـ ٣٣) في «سننهم»، وابن الجارود (٥٥٩)، وابن حبان (٥١٤٧)، والحاكم (٢ / ٣٠ و٤ / ١٩٢) في «صحاحهم»، والطبراني في «الكبير» (٦٤٦٦)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٣ / ٢٨٨)؛ من حديث سويد بن قيس؛ قال: جلبتُ أنا ومَخْرَفَةُ العبديّ بزّاً من هجر، فجاءنا رسول الله ﷺ، فساومنا سراويل، وعندنا وزّان يزنُ بالآجر، فقال له النبي ﷺ... وذكره دون أربعة دراهم، وإسناده حسن.
وأخرجه بذكر: «أربعة دراهم»، أبو يعلى (٦١٣٦)، والطبراني في «الأوسط» (٦٥٩٤) وفي إسناده يوسف بن زياد البصري، ضعيف، انظر: «المجمع» (٥ / ١٢٢).

ولأن كل ما يصح أن يكون مقبوضاً في البيع صح في الهبة؛ كالمنفرد، ولأن الإشاعة التي لا تمنع البيع لا تمنع الهبة اعتباراً بما لا ينقسم، ولأنه مشاع يجوز بيعه كالذي لا ينقسم، ولأن كل ما جاز هبة جميعه جاز هبة بعضه كالمفرد ومما لا ينقسم، ولأن كل عقد جاز في مشاع لا ينقسم جاز فيما ينقسم؛ كالبيع، ولأنه قد ثبت أن الرجلين إذا وهبا داراً بينهما لرجل صح وهٰذا هبة مشاع[1].

مسألة ١٠٩٩

العمرى عندنا تمليك المنافع دون الرقبة، فإذا قال: أعمرتك هٰذه الدار حياتك، وقال: لعقبك، أو لم يقل؛ فإنها تكون له مدة حياته، فإذا مات أو انقرض عقبه إن ذكر العقب عادت ملكاً للمعمر أو لورثته إن كان قد مات[2]، وقال أبو حنيفة[3] والشافعي[4]: تكون ملكاً للمعمر، فإن مات ولا وارث له تكون لبيت

---

(١) الراجح أن هبة المشاع جائزة، ومما يدلل عليه عدا ما ذكره المصنف:
ما أخرجه أحمد في «المسند» (٢ / ١٨٤) والنسائي (٣٦٨٨) في «سننها» وغيرهم عن عبدالله بن عمرو؛ قال: شهدتُ رسول الله ﷺ يوم حنين، وجاءته وفود هوازن، فقالوا: يا محمد! مُنَّ علينا مَنَّ الله عليك. فقال: «اختاروا بين نسائكم وأموالكم وأبنائكم». فقالوا: نختار أبناءنا. فقال: «أما ما كان لي ولبني عبدالمطلب فهو لكم». وقال المهاجرون: ما كان لنا فهو لرسول الله ﷺ، وقالت الأنصار مثل ذٰلك.
وهٰذا حديث ثابت مشهور، قاله محمد بن عبدالهادي في «تنقيح التحقيق» (٣/ ٩١).
وهو صريح في صحة هبة المشاع، سواء في ذٰلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن، قاله النووي في «المجموع» (١٦ / ٢٤٥).
وانظر أدلة أخرى على ذٰلك في: «الموطأ» (٢ / ٧٥٣)، «المصنف» لعبدالرزاق (٩ / ١٠٢)، «السنن الكبرى» (٦ / ١٧١) للبيهقي.

(٢) «الموطأ» (٢ / ٧٥٦)، «الرسالة» (٢٣٠)، «الكافي» (٥٤١ ـ ٥٤٢)، «المعونة» (٣ / ١٦٠٦)، «التلقين» (٢ / ٥٤٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٤)، «الرد على الشافعي» (٥٥ ـ ٥٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٢٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ٩٠)، «معين الحكام» (٢ / ٧٤١).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٣٩)، «المبسوط» (١٢ / ٩٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٤٦ / رقم ١٨٤٥)، «الاختيار» (٣ / ٤٩)، «رد المحتار» (٥ / ٦٨٨)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٦٩١ ـ ٦٩٢)، «فتح القدير» (٩ / ٢٧).

(٤) «الأم» (٤ / ٦٣ ـ ٦٤)، «مختصر المزني» (١٣٤)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٤٠٦)، «المجموع» (١٦=

المال.

ودليلنا أن تمليك الرقاب من حقه أن يقع مطلقاً متى بدا غير مؤقت بوقت يزول بمجيئه، ألا ترى أنه لو قال: بعتك هٰذا العبد إلى مجيء زيد أو إلى رأس الشهر لم يصح، فإذا ثبت ذٰلك وكان المالك قد علق التمليك بعمر المعطى علم أنه لم يرد تمليك الرقبة، فوجب حمله على ما يصح وهو تمليك المنافع؛ لأن التوقيت يدخل فيها دون تمليك الأعيان، ولأن تمليك الرقاب لا يصح أن يتوقت، أصله إذا كان بعوض وهو البيع وغيره، ولأنه أجل علق التمليك بالانتهاء إليه؛ فلم يثبت به ملك الرقبة؛ كقدوم زيد، ولأنه تمليك معلق بعمره كتعلقه بعمر المملك، فوجب أن يرجع إلى المنافع دون الرقبة، أصله قوله: أسكنتك[1].

مسألة ١١٠٠

إذا قال: هٰذه الدار وقف ولم يجعل لها وجهاً؛ فإنه يصح وتصرف في وجوه الخير والبر[2]، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يصح[3].

ودليلنا أن الإطلاق إذا كان له عرف حمل عليه والعرف في الوقف أن المقصود منه القربة والبر، فإن عين هو ذٰلك الوجه تعين بتعينه، وإن لم يعين اكتفي عنه بالعرف كما لو قال: هٰذه الدار وقف على المسجد الفلاني ولم يقل على بنائه أو على سراج

= / ٢٤٥)، «روضة الطالبين» (٥ / ٣٧٣)، «حلية العلماء» (٦ / ٦٢ ـ ٦٣).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٨ / ٢٨١)، «الإنصاف» (٧ / ١٣٤)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٩١ ـ ٩٢)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٣٤ ـ ٤٣٥)، «كشاف القناع» (٤ / ٣٠٧).

(١) ثبت في «الصحيحين» من حديث جابر؛ قال: «قضى النبي ﷺ بالعمرى لمن وهبت له»، وهٰذا نص في ترجيح مذهب الجمهور. والله أعلم.

(٢) «المعونة» (٣ / ١٦٠٥)، «التلقين» (٢ / ٥٤٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٠)، «معين الحكام» (٢ / ٧٥٤)، «الخرشي» (٧ / ٧٨)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٨٤، ٨٧).

(٣) «حلية العلماء» (٦ / ٢٠)، «المهذب» (١ / ٤٤٩)، «روضة الطالبين» (٥ / ٣٢٢)، «نهاية المحتاج» (٤ / ٢٦٩).

فيه؛ فإنه يصح ويصرف في مصالحه[(١)].

مسألة ١١٠١

يجوز أن ينحل الرجل بعض ولده بعض ماله ويكره أن ينحله جميع ماله، وأيّ ذٰلك فعل نفذ إذا كان في الصِّحة[(٢)]، وذهب أحمد بن حنبل[(٣)] وغيره[(٤)] إلى أن الهبة باطلة وترد.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [النحل: ٩٠]، وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه»[(٥)]، ولأن

---

(١) يحكَّم العرف فيما أطلق الواقف ويكون كالتعبير به، أصله: من قدم طعاماً إلى ضيفه أو نثر نثراً في أكله والتقاطه.
قال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣١ / ١٤٤): «كلام الواقفين والحالفين والموصين ونحوهم محمول على الحقائق العرفية دون اللغوية»، وقال (٣١ / ١٨): «يُحمل كلام الناس على ما جرت به عادتُهم في خطابهم»، وقال في «الاختيارات» (ص ١٧٦): «العادة المستمرة والعرفُ المستقر في الوقف يدل على شرط الواقف أكثر مما يدل لفظ الاستفاضة».
وانظره لزاماً (ص ١٧١) و «القواعد والأصول الجامعة» (ص ١١٠) للسعدي.

(٢) «الموطأ» (٢ / ٧٥١)، شرحه «المنتقى» (٦ / ٩٣)، «التفريع» (٢ / ٤١٥)، «الرسالة» (٢٣٠)، «الكافي» (٥٣٠)، «المعونة» (٣ / ١٦١٦ ـ ١٦١٧)، «التلقين» (٢ / ٥٥١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٢٨)، «المقدمات الممهدات» (٣ / ١١٧)، «مواهب الجليل» (٦ / ٥٣)، «فصول الأحكام» (٢٢٢)، «شرح زرّوق على الرسالة» (٢ / ١٧١)، «شرح الزرقاني على خليل» (٨ / ٧٩)، «قوانين الأحكام» (٣١٥)، «معين الحكام» (٢ / ٧٤٤)، «أسهل المدارك» (٣ / ٩٤)، «الخرشي» (٨ / ١٧١)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤٢٧)، «حاشية البناني» (٨ / ١٧٩)، «حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (٢ / ٢٠٧)، «أصول الفتيا» (٢٦٤)، «الموافقات» (٤ / ٤٢١ ـ ٤٢٢ ـ بتحقيقي).

(٣) «مختصر الخرقي» (٧٩)، «المغني» (٥ / ٦٦٤)، «الإنصاف» (٧ / ١٣٨ ـ ١٣٩)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٣٦ و٤ / ٣٠٩ ـ ٣١٠)، «الفروع» (٤ / ٦٤٤)، «تقرير القواعد» (٣ / ٣٦٣ ـ بتحقيقي)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٩٥)، «شرح الزركشي» (٤ / ٣٦٩).

(٤) هٰذا قول طاوس وابن المبارك، وروي معناه عن مجاهد وعروة، أفاده ابن قدامة.

(٥) أخرجه بهٰذا اللفظ أحمد في «المسند» (٥ / ٧٢)، وأبو يعلى في «المسند» (١٥٧٠)، وفي «المفاريد» (٨٢)، والدارقطني (٣ / ٢٦)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٣ / ٢٩١ ـ ٢٩٢)، والطبراني في «الكبير» (٤ / ٥٣)، والبيهقي (٦ / ١٠٠ و٨ / ١٨٢) من حديث عم أبي حرة =

ذلك مروي عن أبي بكر وعبدالرحمٰن[١]، ولا مخالف لهما، ولأنه رشيد صحيح وهب ماله من لو وهبه لغيره معه لجاز، فإذا أفرده به جاز، أصله إذا وهبه لأجنبي، ولأنه في حال الصحة لا اعتراض لأحد عليه في ماله، وإنما الاعتراض حال المرض[٢].

مسألة ١١٠٢

يستحب لمن أراد أن يهب أولاده التسوية بين الذكور والإناث[٣]، وحكي عن

= حرة الرقاشي رفعه، وإسناده ضعيف.

فيه علي بن زيد بن جدعان، ضعيف، لسوء حفظه، إلا أن الحديث صحيح بشواهده، منها:

حديث عمرو بن الأحوص عند الترمذي في «الجامع» (٣٠٨٧).

وحديث أبي حميد الساعدي عند أحمد (٥ / ٤٢٥) والبزار (١٣٧٣ ـ «الزوائد») في «مسنديهما»، والطحاوي في «المشكل» (٤ / ٤١)، و «شرح معاني الآثار» (٤ / ٤١)، وابن حبان (رقم ٥٩٤٦ ـ «الإحسان»)، والبيهقي (٦ / ١٠٠)، وغيرهم.

انظر: «نصب الراية» (٤ / ١٦٩)، تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٢٨٤٧).

(١) ثبت في «الموطأ» (كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النّحل، ٢ / ٧٥١) أن أبا بكر نحل ابنته عائشة جادّ عشرين وسقاً دون سائر ولده.

وأخرجه عبدالرزاق (٩ / ١٠١)، والبيهقي (٦ / ١٦٩ - ١٧٠، ١٧٨)، وإسناده صحيح.

وهٰذا محمول على حاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب، أو أنه نحلها ونحل غيرها من ولده! أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها، فأدركه الموت قبل ذٰلك.

وأما أثر عبدالرحمٰن ـ وهو ابن عوف ـ فعلقه البيهقي (٦ / ١٧٨) قال: «وفضل عبدالرحمٰن بن عوف ولد أم كلثوم»، وأسنده الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ٨٨).

(٢) أخرج البخاري في «صحيحه» (كتاب الهبة، باب الهبة للولد، رقم ٢٥٨٦) عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ، فقال: «إني نحلتُ ابني هٰذا غلاماً، فقال: أكل ولدك نحلتَ مثله؟ قال: لا. قال: فأرجعه». وفي رواية عند النسائي (٦ / ٢٥٩): «فاردده»، وفي رواية: «لا تشهدني على جور». وانظر تعليقي على: «الموافقات» (٤ / ٤٢٢).

قال البخاري: «وإذا أعطى بعض ولده شيئاً لم يجز حتى يعدل بينهم ويعطي الآخر مثله، ولا يشهد عليه»، وقال النبي ﷺ: «اعدلوا بين أولادكم في العطية». وهٰذا عام في الذكور والإناث.

وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١ / ٢٧٢).

(٣) «الكافي» (٥٣٠)، «بداية المجتهد» (٣ / ٣٢٨)، «أسهل المدارك» (٣ / ٩٤)، «مواهب الجليل» (٦ / ٥٣)، «معين الحكام» (٢ / ٧٤٤).

شريح[١] وأحمد بن حنبل[٢] أن المستحب إعطاء الذكر مثل حظ الأنثيين.

ودليلنا قوله ﷺ: «سووا بين أولادكم في العطية، ولو كنت مفضلاً لفضلت البنات»[٣]، ولأنه لما استحب أن يساوي بينهم في أصل العطية كذلك في مقدارها[٤].

مسألة ١١٠٣

يجوز في الجملة[٥] للأبوين دنية أن يرجعا فيما وهبا لولدهما للصلب خاصة

---

(١) «حلية العلماء» (٦ / ٤٤)، «المغني» (٨ / ٢٥٦).

(٢) المذهب التسوية بين الذكور والإناث.
انظر: «المغني» (٨ / ٢٥٦)، «الإنصاف» (٧ / ١٣٨ ـ ١٣٩)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٩٥)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٤٣٦ و٤ / ٣٠٩ ـ ٣١٠).

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١ / ١٢٠ / رقم ٢٩٤)، والحارث بن أبي أسامة في «مسنده» (رقم ٤٥٤ ـ «بغية الباحث») ـ وكما في «المطالب العالية» (رقم ١٤٣٣) ـ، والطبراني في «الكبير» (١١ / ٣٥٤ / رقم ١١٩٩٧)، وابن عدي في «الكامل» (٣ / ١٢١٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ١٧٧)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١١ / ١٠٨)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (٧ / ق ٣٦٩ ـ ٣٧٠)؛ من طريق إسماعيل بن عياش، ثنا سعيد بن يوسف الرَّحْبي، عن يحيى بن أبي كثير، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعاً.
وإسناده ضعيف. فيه إسماعيل وسعيد بن يوسف، ضعيفان.
وانظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ٩٦ ـ ٩٧).
وأخرجه سعيد بن منصور في «السنن» (رقم ٢٩٣)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (٧ / ق ٣٧٠)؛ من طريق ابن المبارك، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير مرسلاً.
وضعَّفه ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣ / ٧٢) بسعيد بن يوسف، وقال: «فائدة: زاد القاضي حسين في هٰذا الحديث بعد قوله «العطية»: «حتى في القُبَل»، وهي زيادة منكرة»، والعجب أنه حسنه في «الفتح» (٥ / ٢١٤) وصنيعه في «التلخيص» أدق، وهو على وفق الصَّنعة، والله الموفّق.

(٤) عموم الأحاديث الصحيحة سوَّت، وأوجبت العدل، ولا سيما أن العلة قد نص عليها في قوله ﷺ في بعض طرق حديث النعمان: «أليس يسرُّك أن يكونوا لك في البر سواء»، وهٰذا أمر مشترك بين الذكور والإناث. وانظر آخر تعليق على المسألة السابقة.

(٥) في هامش الأصل والمطبوع: «قوله: «في الجملة» أي: بقطع النظر عما في ذٰلك من تفصيل في صور=

هبة لا على وجه الصدقة[١]، وقال أبو حنيفة: لا يجوز الرجوع في الهبة لذي رحم محرم[٢].

ودليلنا قوله ﷺ: «لا يحل لرجل يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده»[٣]، وليس فيه من طريق الاعتبار شيء يتحرز منه[٤].

مسألة ١١٠٤

لا يملك الأجنبي الرجوع فيما وهب، وكذلك سائر الأقارب سوى الأبوين[٥]، وقال أبو حنيفة: لهم

= الجواز والمنع».

(١) «المعونة» (٣ / ١٦١٥)، «التلقين» (٢ / ٥٥٢)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٩٠، ٢١٥)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٥)، «الكافي» (٥٣١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٣٢)، «أسهل المدارك» (٣ / ٩٤)، «مواهب الجليل» (٦ / ٦٣).

وفي هامش الأصل والمطبوع: «قوله: في الجملة، أي بقطع النظر عما في ذلك من تفصيل في صور الجواز والمنع».

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٣٩)، «اللباب» (٢ / ١٧٥)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٢٦٥، ٢٧١)، «المبسوط» (١٢ / ٨٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ١٤٣ ـ ١٤٤)، «الاختيار» (٢ / ٥٣ ـ ٥٣)، «رد المحتار» (٥ / ٧٠٢)، «تبيين الحقائق» (٥ / ٩٨)، «فتح القدير» (٩ / ٤١)، «شرح العيني» (٢ / ١٤٥).

(٣) أخرجه أحمد (١ / ٢٣٧ و٢ / ٢٧، ٧٨) وأبو يعلى (٢٧١٧) في «مسنديهما»، وأبو داود (٣٥٣٩) والترمذي (١٢٩٩) والنسائي (٦ / ٢٦٥، ٢٦٧، ٢٦٨) وابن ماجه (٣٧٧) والدارقطني (٣ / ٤٢ ـ ٤٣) والبيهقي (٦ / ١٧٩) في «سننهم»، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ٧٩)، وابن الجارود في «المنتقى» (٩٩٤)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٤٦)، وابن حبان (٥١٢٣ ـ «الإحسان»)؛ من حديث ابن عمر وابن عباس مرفوعاً.

وإسناده صحيح.

(٤) في الحديث السابق دليل على أن الوالد إذا وهب لولده شيئاً وسلم إليه جاز له الرجوع فيه، وكذلك الأمهات والأجداد، فأما غير الوالدين؛ فلا رجوع لهم فيما وهبوا وسلموا. قاله البغوي في «شرح السنة» (٨ / ٢٩٩).

(٥) «الموطأ» (٢ / ٧٥٣)، «المدونة» (٤ / ٣٣٧)، «التفريع» (٣ / ٣١٣)، «الرسالة» (٢٢٨)، «المعونة» (٣ / ١٦١٤)، «التلقين» (٢ / ٥٥٠)، «الكافي» (٥٣١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٣٣)، =

الرجوع[١].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله ﷺ: «لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يرجع فيها إلا الأب فيما وهب ابنه»[٢]، وقوله: «الراجع في هبته كالراجع في قيئه»[٣]، ولأنه لا ولادة بينهما؛ فلم يجز الرجوع في هبته؛ كالأخ والعم[٤].

مسألة ١١٠٥

إذا وهب لولده الصغير وقبض له من نفسه جاز إذا كان شيئاً معيناً ولا يجوز فيما لا يعرف عينه إلا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليها، فإن أمسكها بيده لم يصح[٥]، وقال أبو حنيفة: يصح قبضه له فيما يعرف بعينه وفيما لا يعرف[٦].

= «أسهل المدارك» (٣/ ٩٤)، «مواهب الجليل» (٦/ ٦٣).

(١) «مختصر الطحاوي» (١٣٨)، «اللباب» (٢/ ١٧٥)، «رد المحتار» (٥/ ٧٠٤)، «فتح القدير» (٩/ ٣٩)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٩٨ ـ ٩٩)، «الاختيار» (٣/ ٥١)، «المبسوط» (١٢/ ٤٩، ٨٧)، «شرح العيني» (٢/ ١٤٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٥٢/ رقم ١٨٤٧) ـ وفيه: «قال أصحابنا: إذا وهب لذي رحم محرم لم يرجع، وإن وهب لامرأته لم يرجع، وكذلك المرأة لزوجها، وإن وهب لأجنبي رجع إن شاء، ما لم يثب منها أو الحر؛ فله أن يرجع فيه.

وقال محمد: لا يرجع. قال محمد: وكذلك لو كان كافراً فأسلم أو كان عليه دين فأدى الموهوب له.

وقال الحسن عن زفر: إذا علمها الموهوب له القرآن أو الكتابة أو المشط؛ فحذفت في ذلك؛ فله أن يرجع فيها.

وقال أبو يوسف: لا يرجع» ـ.

(٢) تقدم تخريجه في المسألة السابقة.

(٣) مضى تخريجه في المسألة (١٠٩٧).

(٤) الراجح ما قرره المصنف، وللحنفية أحاديث لم تصح عند الدارقطني في «السنن» (٣/ ٤٣ ـ ٤٤) وغيره، انظر: «تنقيح التحقيق» (٣/ ٩٨ ـ ١٠٠)، «سنن البيهقي» (٦/ ١٨١)، تعليقي على «سنن الدارقطني» (الأرقام ٢٩٣٥، ٢٩٣٦، ٢٩٣٧، ٢٩٣٨، ٣٩٣٩).

(٥) «المعونة» (٣/ ١٦٠٩)، «التلقين» (٢/ ٥٥٠)، «الذخيرة» (٦/ ٢٣٩ ـ ٢٤٠)، «الكافي» (٥٣٠، ٥٣٤)، «معين الحكام» (٢/ ٧٤٤).

(٦) «المبسوط» (١٢/ ٦١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٤٠).

فدليلنا أن الأب قد يتلف الذهب والفضة أو يهلك بغير سببه؛ فلا يمكن أن يشهد على شيء بعينه ويصير الابن مدعياً؛ فلا يمنع القبض شيئاً[١].

مسألة ١١٠٦

إذا علم أن الواهب قد قصد بهبته الثواب كان له على الموهوب له ذلك وإلا رد الهبة إليه[٢]، وقال الشافعي: إطلاق الهبة لا يقتضي الثواب على شيء بوجه[٣].

ودليلنا أن العرف أصل يرجع إليه إذا لم يكن غيره، وقد علم أن العرف جارٍ بأن الضعيف يهب لجاره الغني طلباً لمعروفه وإن الواحد من خدم السلطان أو الملك العظيم يهب له متعرضاً لمعروفه ونائله وتقرباً إليه؛ فلا وجه لجحد المعروف[٤].

مسألة ١١٠٧

والواجب على الموهوب له من الثواب قيمة الهبة[٥]، وللشافعي في ذلك أربعة أقوال[٦]:

---

(١) انظر الجواز عن بعض السلف في: «السنن الكبرى» (٦ / ١٧٠).

(٢) «المدونة» (٤ / ٣٤٠)، «التفريع» (٢ / ٣١٤)، «الرسالة» (٢٢٩)، «الكافي» (٥٣٢)، «التلقين» (٢ / ٥٥١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٧).

(٣) «الإقناع» (١٢٠)، «المهذب» (١ / ٤٥٥)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٧ ـ ٥٨).
وانظر مذهب الحنابلة في: «المغني» (٨ / ٢٨٠ ـ ٢٨١)، «الإنصاف» (٧ / ١١٦)، «الفروع» (٤ / ٦٣٩)، «كشاف القناع» (٤ / ٣٠٠).

(٤) الراجح أن تقتضي عِوضاً مع العرف، وأنه كالشَّرط يجب الوفاء به، أفاده ابن تيمية في «الاختيارات الفقهية» (ص ١٨٤).

(٥) «المعونة» (٣ / ١٦١٢)، «التلقين» (٢ / ٥٥١)، «معين الحكام» (٢ / ٧٥٦).

(٦) ذكرها القفال في «حلية العلماء» (٦ / ٥٨ ـ ٥٩)، والماوردي في «الحاوي الكبير» (٩ / ٤٢١) ـ وهذا نص كلامه: «أحدها: أن عليه أن يثيب ويكافىء حتى يرضى الواهب؛ لأن النبي ﷺ لم يزل يكافىء الأعرابي حتى رضي. والقول الثاني: عليه أن يكافىء بما يكون في العرف ثواباً لمثل تلك الهبة؛ لأن الرضى لا ينحصر، فكان العرف أولى أن يعتبر. والقول الثالث: عليه أن يكافىء بقدر قيمة الهبة لا يلزمهُ الزيادة عليها ولا يجزئه النقصان منها» ـ.
وانظر: «الإقناع» (١٢٠)، «المهذب» (١ / ٤٥٥).

أحدها: مثل قولنا.

والآخر: أنه يلزمه إرضاء الواهب.

والثالث: مقدار المكافأة على مثل تلك الهبة في العادة.

والرابع: أقل ما يقع عليه الاسم.

ودليلنا على فساد اعتبار الرضا هو أن الواهب قد لا يرضى بأضعاف قيمة الهبة من الموهوب له، وذلك لا يلزم؛ لأن فيه إضراراً بالموهوب له إلا أن يرد الهبة، بعد أن قد ثبت له منها حق التمليك، ولأنه عوض غير مقبوض؛ فلم يقف على رضا من يأخذ العوض كسائر المعاوضات، ولأن العوض في عقد المعاوضات على ضربين مذكور فيجب ما ذكر؛ كالثمن في المبيع ومسكوت عنه يجب فيه قيمة المعوض؛ كالمهر في التفويض.

ودليلنا على فساد اعتبار العرف أنه لا عرف في ذلك، وإنما هو على حسب ما تسمح به نفس المكافىء وحلاوة الموهوب في نفسه.

ودليلنا على أنه لا يعتبر أقل ما يقع عليه الاسم ما قدمناه أن العرف جار بأن الواهب يهب لطلب التقرب إلى الموهوب ونيل رفده لا ليخسر ويصير كمن وهب لغير عوض، وإذا بطل كل ذلك لم يبق إلا اعتبار القيمة، والله أعلم.

مسألة ١١٠٨

هبة المجهول جائزة[١]، خلافاً للشافعي[٢]؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِيتَآيِ ذِى

---

(١) «جواهر الإكليل» (٢ / ٢١٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٤)، «قوانين الأحكام» (٣١٥)، «الشرح الكبير» (٤ / ٩٩)، «الخرشي» (٧ / ١٠٣)، «الشرح الصغير» (٢ / ٣١٣)، «معين الحكام» (٢ / ٧٥٤)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٩٩).

وهذا مذهب الحنفية.

انظر: «الهداية» (٣ / ٢٢٥)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٢٦١).

(٢) «المهذب» (١ / ٥٨٣).

وهذا مذهب الحنابلة.

﴿ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النحل: ٩٠]، ولأنها هبة لما تصح هبة جنسه، فأشبه المعلوم[1].

*****

= انظر: «المغني» (٦ / ٢٥٥، ٢٥٦)، «الإنصاف» (٧ / ١٣٢، ١٣٣)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٢٢)، «شرح منتهى» (٢ / ٥١٧ ـ ٥١٨)، «كشاف القناع» (٤ / ٢٩٨)، «مطالب أولي النهى» (٤ / ٣٧٧).

(١) ما زال السلف يعيرون الشجرة ويمنحون المنايح، وكذٰلك هبة الثمر، واللبن الذي لم يوجد، وهٰذا يؤكد صحة الهبة بالمجهول، ولأن الهبة تبرع، فتصح في المجهول؛ كالنذر والوصية، والمقصود منها التبسط والتوسعة، وجواز الهبة بالمجهول مما لا يتعارض مع هٰذا المقصود، بل يقرره ويوافقه.
وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١ / ٢٧٠ ـ ٢٧١)، «الجامع للاختيارات الفقهية» (٢ / ٩٣٢ ـ ٩٣٤).

كتاب اللقطة

مسألة ١١٠٩

إذا جاء طالب اللقطة وأعطى علامة العفاص والوكاء دفعت إليه بغير بينة[(١)]، وقال أبو حنيفة[(٢)] والشافعي[(٣)]: لا تدفع إلا ببينة.

فدليلنا قوله ﷺ للذي سأله عن اللقطة: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فادفعها إليه»[(٤)]، وروي: «فإنْ جاء

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٥٧ ـ ٧٥٨)، «المدونة» (٤ / ٣٦٥ ـ ٣٦٧)، «المعونة» (٢ / ١٢٦١، ١٢٦٣)، «التفريع» (٢ / ٢٧٢ ـ ٢٧٤)، «الرسالة» (٢٣١ ـ ٢٣٢)، «التلقين» (٢ / ٤٥٠ ـ ٤٥١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٠٦)، «مواهب الجليل» (٦ / ٧٠)، «معين الحكام» (٢ / ٧٧٤)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١١٨ ـ ١١٩).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٨ / ٣٠٩)، «الإنصاف» (٦ / ٤١٨)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٨٤)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٠٨)، «كشاف القناع» (٤ / ٢٢٠).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٣٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٣٥ / رقم ٢٠٤٢)، «الاختيار» (٣ / ٣٥)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٣٠٦)، «فتح القدير» (٦ / ١٢٩)، «شرح العيني» (١ / ٢٦٦).

(٣) «الإقناع» (١٢١)، «مختصر المزني» (١٣٥ ـ ١٣٦)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٤٣٤)، «المجموع» (١٦ / ١٧٣)، «روضة الطالبين» (٥ / ٤١٣)، «حلية العلماء» (٥ / ٥٤٠)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٤٢٦، ٤٤١ ـ ٤٤٢).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب اللقطة، باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردّها عليه لأنها وديعة عنده، رقم ٢٤٣٦) من حديث زيد بن خالد، وباب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع، رقم ٢٤٣٧) من حديث أبيّ بنحوه.
وعند مسلم (١٧٢٣ بعد ١٠) من حديث أبيّ: «فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها» =

باغيها فادفعها إليه»[١].

ولأن البينات تترتب في الأصول على حسب الأحوال المشهود فيها وما تدعو الحاجة إليه؛ فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها، وفي هٰذا الموضع تدعو الضرورة إلى ذٰلك؛ لأن البينة لا تقوى على ما يضيع ولا على صفة أموالهم في كل حال، فلو كلفناهم البينة لأدى إلى ترك انتفاع الناس بأموالهم[٢].

مسألة ١١١٠

يكره للملتقط بعد التعريف تملك اللقطة، فإن فعل ذٰلك جاز[٣]، وقال أبو

= فأعطها إياه»، وزاد بعضهم عنده: «وإلا؛ فهي كسبيل مالك»، وفي رواية: «وإلا؛ فاستمتع بها».
واللفظ المذكور للبيهقي (٦ / ١٩٦) ونحوه عند أحمد (٤ / ١٦٢) وأبي داود (١٧٠٩) وابن ماجه (٢٥٠٥) وغيرهم.
وانظر: «نصب الراية» (٣ / ٤٦٨).
و (العِفاص): الخرقة والخريطة. و (الوِكاء): الخيط الذي تربط به. أفاده الباجي في «المنتقى» (٦ / ١٣٦).

(١) هٰذه رواية لأبي داود في «سننه» (رقم ١٧٠٣) من حديث أبيّ، ومضى قريباً.
وإسناده صحيح.

(٢) لو كان التسليم موقوفاً على البينة لم يكن في معرفة العفاص والوكاء فائدة، والبينة اسم لما يتبيَّن به الحق، وبيِّنة اللقطة ذكر أوصافها والنص جاء بذٰلك، واعتبر صدق الوصف قرينة. قال الشوكاني في «النيل» (٥ / ٣٤٢): «وظاهر الحديث يوجب الدفع بالصِّفة من دون إقامة البيِّنة»، والله أعلم.
وانظر: «مجموعة بحوث فقهية» لزيدان (ص ٣٣٤ ـ ٣٣٥).

(٣) «المدونة» (٤ / ٢٦٥)، «التفريع» (٢ / ٢٧٢)، «الرسالة» (٢٣١)، «الكافي» (٤٢٥)، «المعونة» (٢ / ١٢٦١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٨)، «المنتقى» (٦ / ١٣٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٠٥ ـ ٣٠٦)، «أسهل المدارك» (٣ / ٧٤ ـ ٧٥)، «مواهب الجليل» (٦ / ٧٢)، «معين الحكام» (٢ / ٧٧٦).
والجواز مذهب الشافعية والظاهرية وإسحاق.
انظر: «المجموع» (١٦ / ١٦٩)، «روضة الطالبين» (٥ / ٤٠٦ ـ ٤٠٧)، «الحاوي الكبير» (٨ / ٤ ـ ط دار الكتب العلمية)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٤٣٩)، «المحلى» (٨ / ٢٩٦)، «جامع الترمذي» (٣ / ٦٤٨).
=

حنيفة: لا يحل للغني[١].

فدليلنا قوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها، وإلا؛ فشأنك بها»[٢].

ولأن كل ما صح أن يملك بالعوض صح أن يملك باللقطة؛ كالفقير[٣].

مسألة ١١١١

فإذا ملكها أو تصدق بها بعد السنة ثم جاء صاحبها ردَّ قيمتها[٤]، خلافاً لداود[٥]؛ لما روي: أن علياً رضي الله عنه وجد ديناراً على عهد رسول الله ﷺ فأمره رسول الله ﷺ أن يُعَرِّفه فلم يُعْرف، فأمره أن يأكله، فجاء صاحبه فأمره بغُرْمِه[٦].

= وهو قول للحنابلة، والمذهب التفريق بين الأثمان فيملكها والعروض.
انظر: «المغني» (٨ / ٣٠٢ ـ ٣٠٣)، «الإنصاف» (٦ / ٤١٤)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٠٥)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٨٢)، «كشاف القناع» (٤ / ٣١٨)، «تقرير القواعد» (٢ / ٢٦٥، ٤٣٢ ـ بتحقيقي).

(١) «الآثار» (رقم ٧٨) لأبي يوسف، «مختصر الطحاوي» (١٣٩ ـ ١٤٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٣٥)، «المبسوط» (١١ / ٧)، «الاختيار» (٣ / ٣٤)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٣٠٧)، «فتح القدير» (٦ / ١٢٣، ١٣٢)، «شرح العيني» (١ / ٢٦٨)، «عمدة القاري» (١٢ / ٢٦٧)، «البناية» (٦ / ٢٣)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٥٠٢)، «مجمع الأنهر» (١ / ٧٠٥ ـ ٧٠٦).
وهذا قول سفيان الثوري وابن المبارك، حكاه الترمذي في «جامعه» (٣ / ٦٤٨).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب اللقطة، باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع؟ رقم ٢٤٣٧).

(٣) الالتقاط والتعريف سبب للملك، فإذا وجد ثبت به الملك لمن باشره بحكم الشرع وبشرطه، كإحياء الأرض الموات والاصطياد.

(٤) «الموطأ» (٢ / ٧٥٧ ـ ٧٥٨)، «المدونة» (٤ / ٣٦٥ ـ ٣٦٧)، «التفريع» (٢ / ٢٧٢ ـ ٢٧٤)، «الرسالة» (٢٣١ ـ ٢٣٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٨)، «معين الحكام» (٢ / ٧٧٧).

(٥) وهو قول عن الكرابيسي كما في «حلية العلماء» (٥ / ٥٣١).

(٦) أخرج أبو داود في «السنن» (١٧١٥) ـ ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ١٩٤) ـ، وأبو بكر بن أبي شيبة في «المسند» ـ كما في «إتحاف المهرة» (٣ / ق ٤٢ / أ) ـ؛ من طريق سعد بن أوس، عن بلال بن يحيى العَبْسي، عن علي رضي الله عنه: أنه التقط ديناراً، فاشترى به دقيقاً، فعرفه صاحبُ الدقيق، فرد عليه الدينار، فأخذه علي، وقطع منه قيراطين، فاشترى به لحماً.

ولأنه مال لمسلم لا يخاف عليه لو تركه التلف إذ له قيمة حيث وجده، فلم يجز له تملكه عليه بغير إذنه كسائر الأموال[١].

مسألة ١١١٢

إذا وجد شاة في فلاة أو بمفازة بحيث لا قرية يضمها إليها جاز له أكلها ولا غرم عليه[٢]، وقال أبو حنيفة[٣] والشافعي[٤]: عليه غرمها. وذكر الشيخ أبو بكر أنه

= وإسناده حسن؛ كما في «التلخيص الحبير» (٣/ ٧٥).

وأخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (١٠ / ١٤٠ ـ ١٤٢ / رقم ١٨٦٣٦) عن أبي هارون العبدي، عن أبي سعيد، عن علي، وفيه قصة طويلة، وفي آخره قول النبي ﷺ لعلي: «ذٰلك رزق سيق إليك، لو لم ترده لقام بكم».

وأخرج هٰذه القصة من وجوه وبزيادة ونقص: عبدالرزاق (١٠ / ١٤٢ ـ ١٤٣ / رقم ١٨٦٣٧)، والبزار (١ / ٢٨١ ـ زوائده)، وإسحاق بن راهويه ـ كما في «نصب الراية» (٣ / ٤٧٠)، والضياء في «المختارة»، والبيهقي (٦ / ١٩٤) وقال: «في متن هٰذا الحديث اختلاف، وفي أسانيده ضعف، والله أعلم».

وانظر: «مختصر الخلافيات» (٣/٤٦٨)، «نصب الراية» (٣/ ٤٧٠)، «التلخيص الحبير» (٣/ ٧٥).

(١) التملك يزول بمجيء صاحب اللقطة ومطالبته بها، وفي هٰذه الحالة عليه قيمتها إن تعذر الرد؛ لأنها بمثابة الوديعة عنده.

(٢) «الموطأ» (٢/ ٧٥٧ـ٧٥٨)، «المدونة» (٤/ ٣٦٥ـ٣٦٧)، «التفريع» (٢/ ٢٧٢ـ٢٧٤)، «الرسالة» (٢٣١ ـ ٢٣٣)، «المعونة» (٢ / ١٢٦٢)، «التلقين» (٢ / ٤٥٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٠٥ ـ ٣٠٧)، «أسهل المدارك» (٣ / ٧٧)، «مواهب الجليل» (٦ / ٧٨)، «قوانين الأحكام» (٢٩٣)، «المنتقى» (٦/ ١٣٩)، «معين الحكام» (٢/ ٧٧٧).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٨ / ٣٣٧)، «الإنصاف» (٦ / ٤١٣)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ١٠٣ ـ ١٠٤)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٧٩)، «كشاف القناع» (٤ / ٢١٨).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٤٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٤٤ / رقم ٢٠٤٤)، «الهداية» (٢ / ١٧٦)، «الاختيار» (٣/ ٣٤)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٣٠٥)، «فتح القدير» (٦/ ١٢٤)، «الهداية» (٢ / ١٧٦)، «شرح العيني» (١ / ٢٦٧).

(٤) «مختصر المزني» (١٣٥)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٤٤٢)، «المجموع» (١٦ / ١٨٩)، «روضة الطالبين» (٥ / ٤٠٣)، «حلية العلماء» (٥ / ٥٣٤).

رواية بعض المدنيين.

فدليلنا على أنه لا غرم عليه قوله ﷺ وسئل عن ضالة الغنم، فقال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»[(١)]، وروي: «خذها؛ فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»[(٢)]، وهذا تنبيه يدل على أنها في حكم المتلفة، وذلك ينفي تعلق الضمان بها، ولأنه لما جاز له أخذها ولم يكلف سوقها لم يجز أن يشترط عليه الضمان، ولأن الضمان إنما يكون فيما له قيمة حال وجوده بعد التعريف؛ فلم يبق إلا سقوط الضمان[(٣)].

مسألة ١١١٣

حكم اللقطة في الحرم وغيره سواء[(٤)]، وقال الشافعي: له أخذها ليعرفها ولا

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل، رقم ٢٤٢٧)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب اللقطة، رقم ١٧٢٢)؛ من حديث زيد بن خالد الجهني.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب اللقطة، باب ضالّة الغنم، رقم ٢٤٢٨)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب اللقطة، رقم ١٧٢٢ بعد ٢)؛ من حديث زيد بن خالد.

قال ابن حجر في «الفتح» (٥ / ٤٥): «وقد انفرد مالك بتجويز أخذ الشاة، وعدم تعريفها مستمسكاً بقوله: «هي لك»، وأجيب بأن اللام ليست للتمليك، كما أنه قال: «أو للذئب»، والذئب لا يملك بالاتفاق، وقد أجمعوا على أن مالكها لو جاء قبل أن يأكلها الواجد لأخذها منه».

(٣) لو خلّص الحيوان من مهلكة؛ فإنه يملكه، بخلاف المتاع، وذلك كما ورد به الأثر؛ لأن الحيوان له حرمة في نفسه، بخلاف المتاع، فإن حرمته لحرمة صاحبه، فهناك تخليصه لحق الحيوان، وهو بالمهلكة قد ييأس صاحبه بخلاف المتاع، فإن صاحبه يقول للمخلص: كان يجوز لك من حين أن أدعه، والحق فيه لي؛ فإذا لم تعطني حقي لم آذن لك في تخليصه. أفاده ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٠ / ٤١٥).

(٤) «جامع الأمهات» (ص ٤٥٨)، «المنتقى» (٦ / ١٣٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٠٥)، «أسهل المدارك» (٣ / ٧٦)، «مواهب الجليل» (٦ / ٧٤)، «القوانين الفقهية» (ص ٣٤٨)، «الخرشي» (٧ / ١٢٥).

وحكى الأبيّ في «شرح صحيح مسلم» (٣ / ٤٥٠) عن مالك وأصحابه: أن من التقطها وجب عليه أن يعرفها أبداً، حتى يأتي صاحبها، فتسلَّم إليه.

والمعتمد عند الحنابلة ومذهب الحنفية أن لقطة الحرم والحل سواء.

انظر: «الاختيار» (٣ / ٣٥)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٣٠١)، «فتح القدير» (٦ / ١٢٨)، «البناية» (٦ =

يملكها بعد السنة[١].

ودليلنا قوله: «وإلا؛ فشأنك بها»[٢]؛ فعم، ولأنه يأخذها ابتداء على وجه الأمانة؛ فلا يختلف[٣] باختلاف الأماكن؛ كالوديعة[٤]، ولأنها لقطة ملكت كلقطة الحل ومعنى قوله ﷺ: «لا تحل لقطتها إلا لمنشد»[٥]، يريد أنه لا يخفى صاحبها وقت الحج؛ فلا معنى لتملكها مع أن المغلب وجود صاحبها[٦].

= / ٣٤)، «المغني» (٥ / ٧٠٦)، «الإنصاف» (٦ / ٤١٤)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٣٨٢)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ١٠٧)، «كشاف القناع» (٤/ ٢٣٨).

(١) «المهذب»(١ / ٤٣٦)، «المجموع» (١٦ / ١٦٦)، «روضة الطالبين» (٥ / ٤١٢)، «الحاوي الكبير» (٨ / ٤ ـ ٥ ـ ط دار الكتب العلمية)، «أسنى المطالب» (٢ / ٣٩٤)، «حلية العلماء» (٥ / ٥٢٢ ـ ٥٢٣)، «معالم السنن» (٢/ ٢٧٣، ٤٣٧).

وبهٰذا قال الباجي وابن العربي وابن رشد من المالكية، وهو مذهب أبي عبيد القاسم بن سلام وعبدالرحمٰن بن مهدي ورواية عن أحمد.

انظر: «غريب الحديث» (٢ / ١٣٤) لأبي عبيد، «المنتقى» (٦ / ١٣٨) للباجي، «زاد المعاد» (٣/ ٤٥٣)، «المغني» (٥/ ٦٠٧).

(٢) مضى تخريجه، والحديث في عموم اللقطة.

(٣) في هامش الأصل والمطبوع: «لعله سقطت كلمة «الحكم» هنا».

(٤) يجاب عنه: بأنه قياس مع الفارق؛ إذ ليست الوديعة كاللقطة في أحكامها من حيث التملك في الانتهاء، إن لم تكن لقطة في الحرم، فافترقا.

(٥) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب اللقطة، باب كيف تعرَّف لُقَطة أهل مكة، رقم ٢٤٣٣)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الحج، باب تحريم مكة. . . ، ١٣٥٣) من حديث ابن عباس.

(٦) ثبت في «الصحيحين» قوله ﷺ يوم فتح مكة: «إن هٰذا البلد حرام، لا يُعْضَدُ شوكُه، ولا يختلى خلاه، ولا يُنَفَّر صيدُه، ولا تُلْتَقطُ إلا لمعرِّف»، وفيه خصيصة للبلد الحرام على سائر البلاد، فلو كان الحديث على عمومه ـ على توجيه المصنف ـ لما كانت مكة مخصوصة بشيء دون البلاد؛ لأن الأرض كلها لا تحل لقطتها إلا بعد الإنشاد، أفاده أبو عبيد في «غريبه» (٢ / ١٣٤)، ولذا؛ فإن جعل لقطة الحرم والحل سواء بعيد ومرجوح، ومعنى قوله ﷺ إلا لمنشد: أي: لا تحل لقطتها إلا لمن يريد أن يعرّفها فقط، فأما من أراد أن يعرفها ثم يتملكها؛ فلا، ويؤكد ذٰلك ما ثبت في «صحيح مسلم» أن النبي ﷺ نهى عن لُقَطَة الحاج، فعلى واجد اللقطة أن يتركها في مكانها حتى يجدها صاحبها، أو يعرفها أبداً حتى يأتي صاحبها، فتسلَّم إليه.

مسألة ١١١٤

إذا تلفت اللقطة في يد الملتقط؛ فلا ضمان عليه[(١)]، وقال أبو حنيفة[(٢)] وزفر[(٣)]: إن أشهد حين أخذها ليردها لم يضمن، وإن لم يشهد بذلك ضمنها.

فدليلنا ما روي في بعض الحديث: «فإن جاء صاحبها فادفعها إليه، وإلا؛ فهي عندك وديعة إن جاء صاحبها يوماً من الدهر أديتها إليه»[(٤)]، ولأن كل ما تلف وقد أخذ بإشهاد لم يضمنه، فإن تلف وقد أخذ بغير إشهاد لم يضمنه، أصله الوديعة.

مسألة ١١١٥

إذا رد آبقاً على صاحبه وكان ممن شأنه الخروج لطلب الإباق والتعيش بذلك

= قال ابن القيم في «الزاد» (٣ / ٤٥٣): «هذا هو الصحيح».

قلت: والأمر هذه الأيام ميسور من خلال وضعها في (الأمانات) في المسجد الحرام، والله أعلم.

وانظر: «فتح الباري» (٥ / ٨٨)، «مختصر سنن أبي داود» للمنذري (٢ / ٢٧٣)، «نيل الأوطار» (٥ / ٣٤٤)، بحث «اللقطة في البلد الحرام» (ضمن «دراسات فقهية») (ص ٢٣٧ ـ ٢٤٤) للدكتور نزيه حماد.

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٥٨)، «المدونة» (٤ / ٣٦٦)، «التفريع» (٢ / ٢٧٢ ـ ٢٧٤)، «الرسالة» (٢٣١ ـ ٢٣٢)، «المعونة» (٢ / ١٢٦٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٥٨)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ١٢١).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٤٠)، «المبسوط» (١١ / ١٢ ـ ١٤)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٠١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٤٤ / رقم ٢٠٤٤)، «شرح العيني» (١ / ٢٦٦)، «فتح القدير» (٥ / ٤٢٤)، «مجمع الضمانات» (٢٠٩).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٤٤).

(٤) صح دون تتمته: «وإلا؛ فهي عندك...»، وهي رواية الطبراني في «الصغير» (رقم ٧٢) والدارقطني (٤ / ١٨٢) من حديث أبي هريرة، وفيه يوسف بن خالد السمتي، متّهم.

انظر: «المحلى» (٨ / ٢٦٦)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٦٧ ـ ٤٦٨)، «مجمع الزوائد» (٤ / ١٦٨)، تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٤٣٠٠).

ومضى تخريجه ـ دون الزيادة ـ في التعليق على مسألة (١١٠٩).

لزمه جعل المثل وإن لم يشترط في الابتداء[1]، وقال الشافعي: يكون متطوعاً لا شيء له[2].

فدليلنا ما روي أنه ﷺ جعل لمن جاء بآبق من خارج الحرم ديناراً، وروي أربعين درهماً[3].

وهٰذا يفيد أن له الجعل وإن لم يشترط، ولأنه فعل ما على صاحبه أن يفعله وما لو امتنع منه لسُفِّه به فصار بمنزلة من ضمن عين رجل رآه يعرف شيئاً لمن

---

(١) «المعونة» (٢ / ١١١٦)، «التفريع» (٢ / ١٩٠)، «معين الحكام» (٢ / ٧٧٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٢٢).

(٢) ولا يستحق الجعل عندهم إلا بالشرط.
انظر: «الأم» (٤ / ٧١ ـ ٧٢ و٥ / ٦٩)، «المهذب» (١ / ٤١٨)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٢٩)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٤٣٠)، «مختصر الخلافيات» (٣/ ٤٧١ / رقم ١٥٧).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٥/ ٦٥٦ ـ ٦٥٧)، «منتهى الإرادات» (٢/ ٤٤٢)، «كشاف القناع» (٢/ ٤٢١).

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥/ ٢٢٦ ـ ط دار الفكر)، وعبدالرزاق في «المصنف» (٨/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨ / رقم ١٤٩٠٧)؛ من مرسل عمرو بن دينار قال: «إن رسول الله ﷺ قضى في العبد الآبق يؤخذ خارج الحرم بدينار أو عشرة دراهم».
وزاد ابن أبي شيبة مع عمرو بن دينار: ابن أبي مليكة.
نعم، وقع موصولاً عن ابن عمر عند البيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٢٠٠)، وقال: «فهٰذا ضعيف، والمحفوظ المرسل».
وانظر: «معرفة السنن والآثار» (٩/ ٨٩)، «مختصر الخلافيات» (٣/ ٤٧١)، «الإرواء» (٦/ ١٤).
أما الأربعون؛ فهو من قضاء ابن مسعود.
أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٢٢٦) وعبدالرزاق (٨/ ٢٠٨ / رقم ١٤٩١١) في «مصنفيهما»، وأبو يوسف في «الآثار» (رقم ٧٦١، ٧٦٢).
وإسناده ضعيف، وهو من طريق عبدالرزاق عند الطبراني في «الكبير» (٩ / ٢٤٩ / رقم ٩٠٦٦)، والبيهقي في «الكبرى» (٦ / ٢٠٠) و «المعرفة» (٩ / ٨٩/ رقم ١٢٤٦٠) و «الخلافيات» (٣/ ٤٧٢ ـ «مختصره»)، وقال: «هو أمثل ما في الباب».
وانظر: «مجمع الزوائد» (٤ / ١٧١)، «نصب الراية» (٣/ ٤٧٠)، «الجوهر النقي» (٦/ ٢٠٠).

أخرجه، ولأنه لو لم يجعل له الرجوع عليه لأدى إلى تلف أموال الناس ولكان من وجد آبقاً في طريق لم يأخذه إذا لم يكن وافق سيده عليه.

(فصل): ولا فرق بين قليل المسافة وكثيرها في أن له جعل المثل من غير تقدير، وقال أبو حنيفة: في مسافة ثلاثة أيام وأكثر أربعون درهماً وفيما قَلَّ بحسابه[١].

فدليلنا أنه عمل لم يشترط مقدار الجعل فيه، فلم يكن له شيء مقدر، أصله الإجارة.

* * * * *

---

(١) «مختصر الطحاوي» (١٤١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٥١ / رقم ٢٠٤٩)، «المبسوط» (١١ / ١١)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٦١٣)، «شرح العيني» (١ / ٢٦٨)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٥٣)، «مجمع الضمانات» (٢١٠)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٢٨٨).

كتاب اللقيط

مسألة ١١١٦

لا يتبع الصَّبيُّ أمَّهُ في الإسلام[1]، خلافاً لابن وهب[2]، وهو قول الشافعي[3]؛ لأنه إسلام من غير من دخل في عهده الابن؛ فلم يتبعها فيه؛ كالخال والأجنبي، ولأن الأم مساوية له في حق لها تحت عهد الأب، فلم يتبعها في الإسلام؛ كالأخ أو العبد، ولأن كل شخص يتبعه الطفل إذا خلفه في دينه لم يتبعه في انتقاله؛ كالعم، ولأن انتقال الأم من دين إلى دين لا يوجب انتقال الولد بانتقالها، أصله إذا انقلبت من اليهودية إلى النصرانية، ولأن كل معنى تبع الابن أباه في ابتدائه يتبعه في استدامته وانتقاله دون أمه، أصله عقد الذمة[4].

مسألة ١١١٧

اختلف أصحابنا في إسلام المراهق والمميز وإن قصر عن المراهق؛ فمنهم من

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٣٨ ـ ٧٤١)، «المعونة» (٢ / ١٢٩٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦١)، «مواهب الجليل» (٦ / ٨٢)، «الذخيرة» (٩ / ١٣٤).

(٢) «المعونة» (٢ / ١٢٩٢)، «الذخيرة» (٩ / ١٣٤).

(٣) «مختصر المزني» (١٣٦ ـ ١٣٧)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٤٨٠)، «حلية العلماء» (٥ / ٥٦٨)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٤٥٢)، «التبيان فيما يحل ويحرم في الحيوان» (٤٠).

(٤) الصواب ما قاله الشافعي، وهو اختيار البخاري على ما سيأتي في آخر المسألة القادمة.
وانظر تفصيل المسألة والحالات التي يحكم فيها بإسلام اللقيط أو بكفره في «مجموعة بحوث فقهية» (ص ٣٥٩ ـ ٣٦٢) لعبدالكريم زيدان.

يقول: إن إسلامه يصح، فإن رجع عنه انتظر به البلوغ، فإن أقام عليه قتل[١]، وهو قول أبي حنيفة[٢]، ومنهم من يقول: لا يكون إسلامه محققاً إلا بعد البلوغ، وهو قول الشافعي[٣].

فوجه الأول قوله ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة؛ فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يعرب عن نفسه»[٤]، ولأنه ممن يميز ويعقل ويعرف طريق النظر؛

---

(١) «أسهل المدارك» (٣ / ١٦٠)، «الكافي» (٢٢١)، «مواهب الجليل» (٦ / ٢٨١)، «الخرشي» (٨ / ٦٦).

(٢) «الهداية» (٢ / ١٢٦)، «المبسوط» (١٠ / ٦٢، ١٢٠ ـ ١٢٢)، «الاختيار» (٤ / ١٤٨)، «جامع أحكام الصغار» (٢ / ٩٣ ـ ٩٨)، «فتح القدير» (٦ / ٩٤)، «تحفة الفقهاء» (٤ / ٥٣٠ ـ ٥٣٢)، «بدائع الصنائع» (٧ / ١٣٤ ـ ١٣٥)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٢٩٢)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٢٥٧ ـ ٢٥٨).

وهٰذا مذهب إسحاق وابن أبي شيبة وأيوب والإمام أحمد.

انظر: «المغني» (١٢ / ٢٦٦)، «شرح الزركشي» (٦ / ٢٥٠)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٣٩٧ ـ ٣٩٨)، «الإنصاف» (١٠ / ٣٢٩)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٠٩ ـ ١١٠)، «كشاف القناع» (٦ / ١٦٧ ـ ١٦٨، ١٧٤)، «منار السبيل» (٢ / ٤٠٧).

(٣) «الأم» (٦ / ١٤٩، ٢٩٠ ـ ٢٩١)، «حلية العلماء» (٥ / ٥٦٢)، «المهذب» (١ / ٤٤٥ و٢ / ٢٤٠)، «روضة الطالبين» (١٠ / ٧١)، «مغني المحتاج» (٤ / ١٣٧، ٢٦٣)، «الحاوي الكبير» (١٣ / ١٧١ ـ ط دار الكتب العلمية)، «نهاية المحتاج» (٥ / ٤٥٤ ـ ٤٥٧)، «فيض الإلٰه» (٢ / ٣٠٥)، «رحمة الأمة» (٢٦٩)، «مختصر الخلافيات» (٣ / ٤٧٥ / رقم ١٥٨).

وبه قال زفر، ورواية عن أحمد.

انظر: «المحرر» (٢ / ١٦٩)، «المقنع» (٣ / ٥١٧)، «الإنصاف» (١٠ / ٣٢٩ ـ ٣٣٠)، «شرح الزركشي» (٦ / ٢٥٠ ـ ٢٥٣)، «الإمام زفر وآراؤه الفقهية» (١ / ٣٢٧).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصَّبيُّ فمات، هل يُصلَّى عليه وهل يُعرَض على الصَّبي الإسلام، رقم ١٣٥٨، ١٣٥٩، وباب ما قيل في أولاد المشركين، رقم ١٣٨٥، وكتاب التفسير، باب ﴿لا تبديل لخلق الله﴾، رقم ٤٧٧٥، وكتاب القدر، باب الله أعلم بما كانوا عاملين، رقم ٦٥٩٩)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة، رقم ٢٦٥٨)؛ من حديث أبي هريرة مرفوعاً دون لفظة: «حتى يعرب عن نفسه».

وفي لفظ لمسلم (٢٦٥٨ بعد ٢٣) زيادة: «حتى يُبيِّن عنه لسانُه» و«حتى يُعبِّر عنه لسانُه».

وأخرجه ابن أبي شيبة (١٢ / ٢٨٦) وعبدالرزاق (٢٠٠٩٠) في «مصنفيهما»، والدارمي في «السنن» =

فأشبه البالغ.

ووجه الثاني: أنه غير مكلف؛ فلم يصح إسلامه بنفسه كالمجنون، ولأن كل من تبع غيره في الإسلام لم يصح إسلامه، بنفسه كالذي لا يميز[1].

مسألة ١١١٨

المسلم والذمي في دعوى نسب اللقيط سواء[2]، وقال أبو حنيفة: المسلم أولى[3].

= (٢ / ٢٢٣)، وأحمد في «المسند» (٣ / ٣٥٣، ٤٣٥)، والنسائي في «الكبرى» ـ كما في «التحفة» (١ / ٧٠) ـ، والبخاري في «التاريخ الكبير» (١ / ٤٤٥) و «الصغير» (١ / ٨٩)، والطحاوي في «المشكل» (٢ / ١٦٣)، والطبراني في «الكبير» (رقم ٨٢٦ ـ ٨٣٥)، وابن حبان في «الصحيح» (رقم ١٣٢ ـ «الإحسان»)، والحاكم (٢ / ١٢٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩ / ٧٧، ٧٨، ١٣٠)؛ بزيادة: «حتى يعرف عنه لسانه».

وإسناده صحيح. وانظر: «نصب الراية» (٢ / ٣٣٣)، «مجمع الزوائد» (٧ / ٢١٨).

(١) الراجح صحة إسلام المراهق والصبي، دل عليه ما أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يُصلَّى عليه وهل يُعرَضُ على الصّبي الإسلام؟ رقم ١٣٥٦) عن أنس رضي الله عنه؛ قال: «كان غلام يهودي يخدم النبي ﷺ، فمرض، فأتاه النبي ﷺ يعوده، فقعد عند رأسه، فقال له: «أسلم». فنظر إلى أبيه وهو عنده، فقال له: أطع أبا القاسم ﷺ. فأسلم، فخرج النبي ﷺ وهو يقول: «الحمد لله الذي أنقذه من النار».

وذكر البخاري أن الحسن وشريح وإبراهيم وقتادة قالوا: إذا أسلم أحدهما ـ أي الوالدين ـ؛ فالولد مع المسلم، وكان ابن عباس رضي الله عنهما مع أمه من المستضعفين، ولم يكن مع أبيه على دين قومه، وقال: «الإسلام يعلو ولا يُعْلَى».

قلت: وأسند البخاري في الباب نفسه عرض النبي ﷺ الإسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ، وأسلم علي والزبير وهما أبناء ثمان سنين.

وثمرة الخلاف عند القول بصحّة إسلامه؛ فإن الإسلام يوجب عليه الزكاة في ماله، ويوجب عليه نفقة قريبه المسلم، ويحرم ميراث قريبه الكافر، ويفسخ نكاحه من الكافرة، وهٰذه أيضاً محل خلافٍ في التّفريعات عند القائلين بصحّة إسلامه. انظر: «جامع أحكام الصغار» (٢ / ٩٣ ـ ٩٨).

(٢) «مواهب الجليل» (٦ / ٨٢).

(٣) «فتح القدير» (٦ / ١١٣ ـ ١١٤)، «شرح الهداية» (٤ / ٣٦٤) اللكنوي، «شرح العيني» (١ / =

ودليلنا أن المسلم يساوي الذمي في السبب الذي يلحق به النسب وهو الفراش الثابت أو شبهه أو ملك اليمين فساواه في تداعي النسب؛ كالمسلمين[(١)].

مسألة ١١١٩

من أنفق على اللقيط ولا مال له؛ فهو متطوع، وكذلك لو كان [له][(٢)] مال فأنفق عليه ولا يعلم بماله[(٣)].

* * * * *

= ٢٦٥)، «بدائع الصنائع» (٦ / ١٩٨).

(١) العبرة بالقرائن، فإذا وُجد في لقيط في مساجد المسلمين أو في أمصارهم أو قراهم يحكم بإسلامه ولو كان الواجد ذمياً، والله أعلم.

وانظر: «مجموعة بحوث فقهية» (ص ٣٥٩ ـ ٣٦١).

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل.

(٣) «مواهب الجليل» (٦ / ٨٠ ـ ٨١)، «المعونة» (٢ / ١٢٩٢).

ولم يذكر المصنف هنا خلافاً، وقال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٥١): «وقال الليث: إذا أنفق الملتقط على اللقيط ثم ادعاه رجل رجع الملتقط بنفقته على أبيه».

وقال في «جامع الأمهات» (ص ٤): «وأما نفقته؛ فمن ماله من وقف أو هبة أو وصية أو شيء كان تحته أو ملفوفاً مما يظهر أنه وضع له، وإلا؛ ففي بيت المال، فإن تعذر؛ فعلى الملتقط حتى يبلغ ويستغني، فإن ثبت له أب بالبينة طرحه عمداً لزمته، إلا أن يكون أنفق حِسْبَةً؛ فلا رجوع، فإن أشكل؛ فالقول قول المنفق».

وانظر: «تقرير القواعد» لابن رجب (٢ / ٣٨٠، ٣ / ١٠٨ ـ بتحقيقي).

الباب السابع عشر
من
كتاب الإشراف

بسم الله الرحمٰن الرحيم

استعنت بالله

كتاب النكاح

[مسألة] ١١٢٠

النكاح مستحب، وليس بواجب[١]، خلافاً لداود[٢] لقوله ﷺ: «يا معشر الشباب! من استطاع منكم الباءة فليتزوج»[٣]، فقصر الأمر به على الشباب؛ فدل على انتفاء وجوبه، ولأن المقصود منه الوطء وليس بواجب؛ فكان السبب أولى أن لا يكون واجباً، ولأنه عقد معاوضة فلم يجب ابتداء بالشرع؛ كالبيع، ولأنه عقد يتوصل به إلى استباحة البضع كشراء الأمة، ولأنه عقد نكاح؛ كالعقد على الأمة.

مسألة ١١٢١

من أراد نكاح امرأة؛ فله أن ينظر إلى وجهها وكفيها[٤]، خلافاً لمن منع ذٰلك

---

(١) «الكافي» (٢٢٩)، «مقدمات ابن رشد» (١ / ٤٥٢ ـ ٤٥٣)، «المعونة» (٢ / ٧١٧)، «التلقين» (١ / ٢٧٩)، «الذخيرة» (٤ / ١٩٠)، «معين الحكام» (١ / ١٥١).

(٢) «فقه داود» (٦٤٣)، «المغني» (٦ / ٤٤٦)، «نيل الأوطار» (٦ / ١١٧)، «الميزان الكبرى» (٢ / ١٠٨)، «حلية العلماء» (٦ / ٣١٨).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب الترغيب في الزواج، رقم ٥٠٦٥)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب استحباب النكاح، رقم ١٤٠٠) عن ابن مسعود مرفوعاً.

(٤) «مواهب الجليل» (٣ / ٤٠٤)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢١٥)، «القوانين الفقهية» (ص ٩٣ ـ=

جملة[١]، ولمن أباحه إلى جميع البدن سوى السوأتين[٢]، ولأبي حنيفة في إباحة ظهر القدمين[٣] لقوله ﷺ: «إذا أراد أحدكم أن يتزوج امرأة؛ فلينظر إلى وجهها وكفيها»[٤]، فخص ذلك دون غيره، فسقط كل مذهب

= ٩٤)، «شرح الزرقاني» (٣ / ١٦٢)، «النظر في أحكام النظر» (٣٨٦) لابن القطان، «الذخيرة» (٤ / ١٩١)، «الشرح الصغير» (١ / ٣٧٦ و٢ / ٣٤٠)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢١٥)، «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٠٤).

(١) وهو قول سعيد بن أبي سعيد المقبري، ذكره ابن القطان في «كتابه النظر» (٣٨٦)، فقال: «قال أبو الوليد بن رشد: إن من أهل العلم من لم يُجز ذلك، وحكاه أبو حامد الإسفراييني عن المقبري».
وحكاه القفال الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ٣١٩) عن المغربي، وهو تحريف عن (المقبري)؛ فليصحح.

(٢) وهو قول داود الظاهري.
انظر: «فقه داود» (٦٤٤)، «المغني» (٩ / ٤٩٠ ـ ط هجر)، «نيل الأوطار» (٦ / ١٢٦)، «الميزان الكبرى» (٢ / ١٠٨)، «حلية العلماء» (٦ / ٣١٩).
وقال ابن القطان في «النظر في أحكام النظر» (ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣): «وما يحكى عن داود من إباحة النظر إلى الفرج، لم أره عنه في كتب أصحابه، وإنما حكاه عنه أبو حامد الإسفرائيني».
وقال النووي في «شرح صحيح مسلم» (٩ / ٢١٠ ـ ط دار الفكر) بعد نقله عن داود قوله: «ينظر إلى جميع بدنها»، قال: «وهذا خطأ ظاهر منابذ لأصول السنة والإجماع».
ونقل ابن حجر في «الفتح» (٩ / ١٨٢) عن ابن حزم: «ينظر إلى ما أقبل منها وما أدبر عنها».
وذكر ابن قدامة في «المغني» (٩ / ٤٩٠ ـ ط هجر) عن الأوزاعي قوله: أنه ينظر إلى موضع اللحم، ونقله ابن حجر في «الفتح» (٩ / ١٨٢) عنه: «ينظر إلى ما يريد منها إلا العورة»، ونقله الشوكاني في «نيل الأوطار» (٦ / ١٢٦)، وقال ابن قدامة (٩ / ٤٩١): «قال أبو بكر: لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة».
وفي «مستمسك العروة الوثقى» (١٢ / ١٢) للإمامية: «ولا يبعد جواز النظر إلى سائر جسدها ما عدا عورتها، وإن كان الأحوط خلافه»!!

(٣) «بدائع الصنائع» (٥ / ١٢٢)، «البناية» (٩ / ٢٥٥)، «إعلاء السنن» (١٧ / ٣٨٢).
وقال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٩٥ / رقم ٧٨٣): «قال أصحابنا: لا ينظر من المرأة الحرة غير المحرم إلا الوجه والكفين».

(٤) صح معناه، أخرج الترمذي (١٠٨٧) والنسائي (٦ / ٦٩) وابن ماجه (١٨٦٦) والدارمي (٢١٧٨) والدارقطني (٣ / ٢٥٢) والبيهقي (٣ / ٢٥٢، ٢٥٣) في «سننهم»، وابن أبي شيبة في «المصنف» =

يخالفه[(١)].

مسألة ١١٢٢

لا يصح كون المرأة ولياً في عقد نكاح لا على نفسها ولا على غيرها[(٢)]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا بلغت عاقلة رشيدة جاز ذلك لها[(٣)]، ولداود في تفريقه بين

= (٤ / ٣٥٥)، وأحمد في «المسند» (٤ / ٢٤٤، ٢٤٦)، وابن الجارود في «المنتقى» (٦٧٥)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣ / ١٤)، والبغوي في «شرح السنة» (٢٢٤٧)؛ بإسنادٍ صحيح عن المغيرة بن شعبة قال: أتيت النبي ﷺ، فذكرتُ له امرأةً أخطُبُها، فقال: «اذهب فانظر إليها؛ فإنه أجدر أن يُؤدم بينكما». فأتيتُ امرأةً من الأنصار، فخطبتُها إلى أبويها، وأخبرتُهما بقول النبي ﷺ، فكأنهما كرها ذلك. قال: فَسَمِعَتْ ذلك المرأةُ، وهي في خِدْرها، فقالت: إنْ كان رسول الله ﷺ أمرك أن تَنظُر؛ فانظُرْ، وإلا؛ فَأَنْشُدكَ، كأنّها أعْظَمَتْ ذلك. قال: فَنَظَرْتُ إليها فتَزَوَّجْتُها، فذَكَر من مُوافقتها.

وانظر نحو لفظ المصنف في: «إتحاف السادة المتقين» (٥ / ٣٤٣).

(١) الراجح الاكتفاء بالنظر إلى الوجه والكفين؛ لأن ذلك جاز ضرورةً، وتقدَّر الضرورة بقدرها؛ فالوجه مكمن المتعة وهو المحتوي على معالم الزينة والجمال، واليدين هما محتوى ضعف المرأة وسمنها، والمقدار الوارد في الزيادة على هذا لم يصح، وقوله ﷺ للخاطب: «انظرها؛ فإن في أعين الأنصار شيئاً» يدل عليه؛ إذ بيَّن الموضع المباح له وهو الوجه، ولذا لما عرضت عليه المرأة الواهبة نفسها له نظر إلى وجهها، والعرف جارٍ في أن من نظر إلى وجه إنسان سمي ناظراً إليه، ومن رآه وعليه أثوابه سمي رائياً له، كما قال تعالى: ﴿۞ وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ﴾ [المنافقون: ٤].

(٢) «الموطأ» (٢ / ٥٢٥)، «المدونة» (٢ / ١٤٠ ـ ١٤٤)، «التفريع» (٢ / ٣١ ـ ٣٢)، «الرسالة» (١٩٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ٨ ـ ٩)، «الكافي» (٢٣١، ٢٣٤)، «الخرشي» (٣ / ١٧٢، ١٨٢)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٣٣)، «قوانين الأحكام» (١٧٢)، «معين الحكام» (١ / ٢١٣)، «التلقين» (١ / ٢٨٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥)، «المعونة» (٢ / ٧٢٨)، «الذخيرة» (٤ / ٢٠١) وقال (٤ / ٢٠٢): «وروي عن ابن القاسم ولايتها على عبيدها ومن وصيت عليه من أصاغر الذكور دون الإناث».

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٧١)، «اللباب» (٣ / ٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٤٧ / رقم ٧١٣)، «الاختيار» (٣ / ٩٠)، «فتح القدير» (٣ / ٢٥٥)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١١٧)، «البحر الرائق» (٣ / ١١٧)، «شرح العيني» (١ / ١١٩)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٦٦ ـ ٧١)، «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٣٥)، «إيثار الإنصاف» (١١٤). وانظر: «مختصر الخلافيات» (٤/ ٩٧/ رقم ١٩١).

البكر والثيب[١]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، فخص الرجال بالولاية، وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

ففيه دليلان:

أحدهما: أن العضل هو المنع الذي لا خلاص منه ولو كان لهن أن يعقدن لم يكن امتناع الأولياء عضلاً لهن.

والثاني: أن سبب ذٰلك امتناع معقل بن يسار من إنكاح أخته الذي طلقها[٢]، فنزلت هٰذه الآية.

وقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[٣]، وقوله صلى الله عليه وسلم: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها؛ فنكاحها باطل» قالها ثلاثاً[٤]. فأثبت للولي حقاً في العقد

---

(١) «فقه داود» (٦٤٥)، «المحلى» (١١ / ٤٢)، ومذهبه في «الميزان» (٢ / ١٠٩)، «رحمة الأمة في اختلاف الأئمة» (٢ / ٢٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٢٤)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٤٣).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب التفسير، باب ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن...﴾، رقم ٤٥٢٩).

(٣) سيأتي تخريجه في الحديث الآتي.

(٤) أخرجه أبو داود في «السنن» (كتاب النكاح، باب في الولي، ٢ / ٢٢٩ / رقم ٢٠٨٣)، والترمذي في «الجامع» (أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ٣ / ٤٠٧ ـ ٤٠٨ / رقم ١١٠٢) ـ وقال: «هٰذا حديث حسن» ـ، وابن ماجه في «السنن» (كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ١ / ٦٠٥ / رقم ١٨٧٩)، والنسائي في «الكبرى» ـ كما في «تحفة الأشراف» (١٢ / ٤٣) ـ، وأحمد في «المسند» (٦ / ٤٧، ١٦٥)، والطيالسي في «المسند» (رقم ١٤٦٣)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤ / ١٢٨)، وعبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ١٩٥ / رقم ١٠٤٧٢)، والدارمي في «السنن» (٢ / ١٣٧)، وابن الجارود في «المنتقى» (رقم ٧٠٠)، والشافعي في «الأم» (٢ / ١١)، والحميدي في «المسند» (١ / ١١٢ ـ ١١٣ / رقم ٢٢٨)، وإسحاق بن راهويه في «المسند» (رقم ٦٩٨، ٦٩٩)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣ / ٧)، وابن حبان في «الصحيح» (٩ / ٣٨٤ / رقم ٤٠٧٤ ـ «الإحسان»)، والدارقطني في «السنن» (٣ / ٢٢١، ٢٢٥ ـ ٢٢٦)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ١٦٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ١٠٥، ١١٣، ١٢٤ ـ ١٢٥، ١٢٥، ١٣٨)، وابن عدي في «الكامل» (٣ / ١١١٥ ـ ١١١٦)، والبغوي في «شرح السنة» (٩ / ٣٩ / رقم ٢٢٦٢)، والخطيب في «الكفاية» (ص ٣٨٠)، والسهمي في «تاريخ جرجان» (١ / ٨)، وأبو نعيم في =

= «الحلية» (٦ / ١٨٨)؛ من طرق كثيرة عن ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة مرفوعاً، وفيه زيادة عند بعضهم: «فإن أصابها؛ فلها مهرها بما أصاب منها، فإن اشتجروا؛ فالسلطان ولي من لا وليّ له».

قال الحاكم: «صحيح على شرط الشيخين».

قلت: بل هو حسن؛ فسليمان بن موسى لم يخرج له البخاري وأخرج له مسلم في «المقدمة»، وقال ابن حجر في «التقريب»: «صدوق، فقيه، في حديثه بعض لين، وخلط قبل موته بقليل».

وقد أعله أحمد بن صالح بقوله: «أخبرني من رأى هٰذا الحديث في كتاب ذاك الخبيث محمد بن سعيد ـ أي: المصلوب ـ عن الزهري، وأنا أظن أنه ألقاه إلى سليمان بن موسى وألقاه سليمان إلى ابن جريج»، كذا أسنده عنه أبو أحمد الحاكم في «الأسامي والكنى» (١ / ٢٩٠).

قلت: ولا يستلزم من وجوده في كتاب ذاك الخبيث أنه تفرد به، والمشهور أن من ضعَّف هٰذا الحديث يستدل بما ذكره أحمد في «مسنده» (٦ / ٢٧) عقبه؛ فقال: «قال ابن جريج: فلقيتُ الزهري فسألته عن هٰذا الحديث؛ فلم يعرفه».

وتعقبه الترمذي بقوله: «وذُكر عن يحيى بن معين أنه قال: لم يذكر هٰذا الحرف عن ابن جريج إلا إسماعيل بن إبراهيم، قال يحيى بن معين: وسماع إسماعيل بن إبراهيم عن ابن جريج ليس بذٰلك، إنما صحح كتبه على كتب عبدالمجيد بن عبدالعزيز بن أبي رواد ما سمع من ابن جريج، وضعف يحيى رواية إسماعيل بن إبراهيم عن ابن جريج».

قال الترمذي: «والعمل في هٰذا الباب على حديث النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي» عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ، منهم: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبدالله بن عباس، وأبو هريرة وغيرهم».

وقال الحاكم بعد أن صحح الحديث: «فقد صحَّ وثبت بروايات الأئمة الأثبات سماع الرواة بعضهم من بعض؛ فلا تعلل هٰذه الروايات بحديث ابن علية وسؤاله ابن جريج عنه، وقوله: إني سألت الزهري عنه فلم يعرفه؛ فقد ينسى الثقة الحافظ الحديث بعد أن حدث به، وقد فعله غير واحد من حفاظ الحديث».

وذكره الحافظ في «التلخيص» (٣ / ١٥٧) وقال: «وليس أحد يقول فيه هٰذه الزيادة غير ابن علية، وأعل ابن حبان وابن عدي وابن عبدالبر والحاكم وغيرهم الحكاية عن ابن جريج، وأجابوا عنها على تقدير الصحة بأنه لا يلزم من نسيان الزهري له أن يكون سليمان بن موسى وهم فيه».

وانظر: «السنن الكبرى» للبيهقي (٧ / ١٠٧)، و «الكامل في الضعفاء» لابن عدي (٣ / ١١١٥ ـ ١١١٦).

وغيرهم لا حق له، وقوله في آخر الخبر: «فإن اشتجروا؛ فالسلطان ولي من لا ولي له»[١]. وروي: «الزانية تنكح نفسها بغير إذن وليها»[٢]، وقوله ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح نفسها»[٣]، وهٰذه نصوص، ولأنها ناقصة بالأنوثة كالأمة، ولأن من طباع النساء شهوة النكاح والميل إلى الرجال والتسرع إلى ذٰلك، فلو جعلت العقود إليهن لتسرعن ولم يراعين كفاءة ولا حظاً في عاقبته وفي ذٰلك ضرر بهن وبالأولياء؛

= على أن سليمان بن موسى لم يتفرد به؛ فقد تابعه جعفر بن ربيعة عند أحمد في «المسند» (٦ / ٦٦)، وأبي داود في «السنن» (رقم ٢٠٨٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣ / ٧)، والبيهقي في «الكبرى» (٧ / ١٠٦)، وعبيدالله بن أبي جعفر عند الطحاوي (٣ / ٧)، وحجاج بن أرطأة عند ابن ماجه في «السنن» (رقم ١٨٨٦)، وأحمد في «المسند» (١ / ٢٥٠ و٦ / ٢٦٠)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤ / ١٣٠)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣ / ٧)، والبيهقي في «الكبرى» (٧ / ١٠٦ و١٠٦ ـ ١٠٧).

وأخرجه الترمذي في «العلل الكبير» (١ / ٤٣٠) من طريق زمعة بن صالح، والدارقطني في «السنن» (٣ / ٢٢٧)؛ من طريق محمد بن يزيد بن سنان عن أبيه، كلاهما عن الزهري، به.

وزمعة بن صالح ومحمد بن يزيد بن سنان وأبوه فيهم ضعف؛ فمجموع هٰذه الطرق يتقوّى الحديث ويصح.

وصححه ابن حبان وابن الجارود وأبو عوانة وغيرهم، وأعله الطحاوي بالحكاية الباطلة عن ابن جريج.

وللحديث شواهد جمعها الشيخ مفلح بن سليمان الرشيدي في كتابه المطبوع «التحقيق الجلي لحديث لا نكاح إلا بوليّ». وانظر: «نصب الراية» (٣ / ١٨٥).

وله طريق أخرى عن عائشة عند أبي عبدالله الرازي في «مشيخته» (رقم ٩٨)، وابن عدي في «الكامل» (٢ / ٢٦)، وتمام في «الفوائد» (١٤٣٩)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (١٥ / ق ٢٦٤).

وإسناده ضعيف.

(١) قطعة من الحديث السابق، ومضى تخريجه.

(٢) انظر تخريج الحديث الآتي.

(٣) أخرجه ابن ماجه (١٨٨٢) والدارقطني (٣ / ٢٢٧) والبيهقي (٧ / ١١٠) في «سننهم»؛ من حديث أبي هريرة رفعه.

وإسناده ضعيف.

وانظر: «التحقيق» (٢ / ٢٥٨)، «نصب الراية» (٢ / ١٨٨)، «إرواء الغليل» (١٨٤١).

فمنعن منه.

ودليلنا على داود خاصة أنها أنثى؛ كالبكر، ولأن كل عقد نكاح لم يصح من البكر لم يصح من الثيب؛ كالعقد على الصغيرة والمجنونة[(١)].

مسألة ١١٢٣

للأب إجبار البكر البالغ على النكاح[(٢)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٣)]؛ لقوله ﷺ:

---

(١) الولي شرط لصحة النكاح بناءً على النصوص المذكورة، وهٰذا مما يفرق فيه بين النكاح ومتخذات أخدان، وهو اختيار المحققين من العلماء، قال الشوكاني في «السيل الجرار» (٢ / ٢٦٤): «الأحاديث الواردة في اعتبار الولي قد سردها الحاكم من طريق ثلاثين صحابياً، وفيها التصريح بالنفي؛ كحديث: «لا نكاح إلا بولي»، فأفاد انتفاء النكاح الشرعي بانتفاء الولي».
انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢ / ١٩، ١٠٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٤٣ ـ ١٤٨) ـ وفيه ثمانية أحاديث تدلل على اشتراط الولي ـ، «الإعلان المشروع والممنوع في الفقه» (ص ٦٥).

(٢) «الموطأ» (٢ / ٥٢٥)، «المدونة» (٢ / ١٤٠ ـ ١٤١)، «التفريع» (٢ / ٢٩)، «الرسالة» (١٩٦)، «المنتقى» (٣ / ٢٧٢)، «التلقين» (١ / ٢٨١)، «المعونة» (٢ / ٧١٩)، «الذخيرة» (٤ / ٢١٦ ـ ٢١٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥)، «الكافي» (٢٣١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٥)، «الخرشي» (٣ / ١٧٤)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٣٦)، «الدسوقي» (٢ / ٢٢٢)، «معين الحكام» (١ / ٢١٨)، «الشرح الكبير» (٢ / ٢٢٣)، «جواهر الإكليل» (١/ ٢٧٧ ـ ٢٧٨)، «الشرح الصغير» (٢ / ٣٥٣ ـ ٣٥٤)، «الفواكه الدواني» (٢ / ٥)، «شرح الزرقاني» (٣ / ١٧٤).
وهٰذا قول ابن أبي ليلى وإسحاق وسليمان بن يسار وسالم بن عبدالله.
انظر: «شرح السنة» (٩ / ٣١)، «الإشراف» (٤ / ٣٥)، «اختلاف العلماء» (١٢٤).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٥ / ١٧)، «مختصر المزني» (ص ١٦٣ ـ ١٦٤)، «المهذب» (٢ / ٣٨)، «الوجيز» (٢ / ٥)، «روضة الطالبين» (٧ / ٥٤)، «شرح المحلي على المنهاج» (٣ / ٢٢٢)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٢٢٨، ٢٢٩)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١١٣ / رقم ١٩٢).
وهو رواية عن أحمد، وعليه جماهير أصحابه.
انظر: «المغني» (٩ / ٣٩٩)، «الإنصاف» (٨ / ٥٥)، «كشاف القناع» (٥ / ٤٣).

(٣) «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (١٧٩)، «الجامع الصغير» (١٢٩)، «مختصر الطحاوي» (١٧٢)، «اللباب» (٣ / ٨ ـ ١٠)، «المبسوط» (٥ / ٢)، «بدائع الصنائع» (٢ / ٢٤١)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٢٢٤)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٥٩ ـ ٦١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / =

«تستأمر اليتيمة في نفسها»[1]، فدل على أن غيرها خلافها، ولأنه لا يفتقر إلى نطقها

= ٢٥٦ / رقم ٧٢٤)، «الاختيار» (٣ / ٩٢)، «فتح القدير» (٣ / ٢٥٥، ٢٦٠)، «الدر المختار» (٣ / ٥٨ ـ ٥٩)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١١٨)، «البحر الرائق» (٣ / ١١٨)، «إيثار الإنصاف» (١١٠)، «شرح العيني» (١ / ١١٩)، «إعلاء السنن» (١٠ / ٦٨)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٧١).

وهٰذا مذهب الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وابن ثور وابن المنذر، وهو رواية عن أحمد.

انظر: «الإشراف» (٤ / ٣٥)، «اختلاف العلماء» (١٢٤)، «الإنصاف» (٨ / ٥٥)، «المغني» (٩ / ٣٩٩).

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٤ / ٣٩٤) حدثنا وكيع، والدارمي في «السنن» (٢ / ١٣٨) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ١٢٠) عن أبي نعيم، وأبو يعلى في «المسند» (١٣ / ٣١١ / رقم ٧٣٢٧)، وعنه ابن حبان في «الصحيح» (٩ / ٣٩٦ ـ ٣٩٧ / رقم ٤٠٨٥ ـ «الإحسان») عن يحيى بن أبي زائدة، وأحمد في «المسند» (٤ / ٤١١) والدارقطني في «السنن» (٣ / ٢٤١ أو رقم ٣٥٢٥ ـ بتحقيقي) عن أبي قطن عمرو بن الهيثم، والعبدوي في «حديثه» (رقم ١ ـ بتحقيقي) عن محمد بن يوسف، والبزار في «البحر الزخار» (٨ / ١٦٥ ـ ١٦٦ / رقم ٣١٨٩) عن أبي أحمد محمد بن عبدالله بن عمر الزبيري، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ١٦٦ ـ ١٦٧) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ١٢٢) عن عبيدالله بن موسى، والدينوري في «المجالسة» (رقم ٣١٦٦ ـ بتحقيقي) عن محمد بن عمران بن أبي ليلى، والروياني في «مسنده» (١ / ٣٠٥ / رقم ٤٥٤) عن سلم بن قتيبة، والدارقطني في «السنن» (٣ / ٢٤١ أو رقم ٣٥٢٦ ـ بتحقيقي) عن عيسى بن يونس و (٣ / ٢٤٢ أو رقم ٣٥٢٧ ـ بتحقيقي) عن عبدالله بن داود؛ جميعهم عن يونس بن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسى الأشعري مرفوعاً.

وإسناده حسن.

ولفظة: «اليتيمة» بمعنى «البكر»، وهي رواية الدينوري، وقال الدارقطني: «وكذٰلك ـ أي: بلفظة اليتيمة ـ رواه ابن فضيل ووكيع ويحيى بن آدم وعبدالله بن داود وأبو قتيبة وغيرهم عن يونس بن أبي إسحاق».

قال في «سننه» أيضاً (٣ / ٢٤١): «ويشبه أن يكون قوله في هٰذا الحديث: «والبكر تستأمر» إنما أراد به البكر اليتيمة».

وأخرجه أحمد في «المسند» (٤ / ٤٠٨)، والبزار في «البحر الزخار» (٨ / ١١٦ ـ ١١٧ / رقم ٣١١٨)، والدارقطني في «السنن» (٣ / ٢٤٢ أو رقم ٣٥٢٨ ـ بتحقيقي)؛ عن إسرائيل، عن أبي إسحاق، به.

وإسناده صحيح.

في عقد نكاحها مع القدرة عليه؛ كالصغيرة وإن شئت عللت بالبكارة وعدم البروز، ولأن ولاية الأب ثابتة عليها في المال عندنا وإن بلغت، والنكاح مبني على ذٰلك، ولأن كل ولاية يملك بها إنكاح الصغيرة جاز أن يملك بها إنكاح الكبيرة؛ كولاية الكفاءة(١).

مسألة ١١٢٤

للأب إنكاح الثيب الصغيرة جبراً(٢)، خلافاً للشافعي في قوله: ليس له

= أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤ / ١٣٨) عن سلام، عن أبي إسحاق، عن أبي بردة مرسلاً.
قال الهيثمي في «المجمع» (٤ / ٢٨٠): «رواه أحمد وأبو يعلى والبزار والطبراني ورجال أحمد رجال الصحيح».
وفي الباب عن جمع من الصحابة خرجتها في تعليقي على «سنن الدارقطني» يسر الله إتمامه بخير.
وانظر رد استدلال المصنف بالحديث على رأيه في الإجبار عند ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢ / ٢٤).

(١) ثبت في «الصحيحين» أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح البكر حتى تستأمر»، وعليه؛ فليس للأب أن يجبر ابنته البكر البالغ على النكاح، ومناط الإجبار هو الصغر، وهو سبب الحجر بالنص، وأما جعل البكارة سبباً للحجر؛ فهٰذا مخالف لأصول الإسلام، فإن الشارع لم يجعل البكارة سبباً للحجر في موضع من المواضع المجمع عليها، فتعليل الحجر بذٰلك تعليل بوصف لا تأثير له في الشرع، وتزويجها يجامع كراهتها للنكاح مخالف للأصول والعقول، والله لم يسوغ لوليها أن يكرهها على بيع أو إجارة إلا بإذنها، ولا على طعام ولا شراب أو لباس لا تريده؛ فكيف يكرهها على مباضعة ومعاشرة من تكره مباضعته وتكره معاشرته والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له ونفورها عنه؛ فأيُّ مودةٍ ورحمةٍ في ذٰلك؟!
وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢ / ٢٢، ٢٥، ٢٨، ٣٠، ٣٩)، «ترجيحات ابن تيمية في النكاح» (١٠٩ ـ ١٢٠)، «أحكام الإذن» (٢ / ٤٤١ ـ ٤٥٠).

(٢) «المدونة» (٢ / ١٤٠ ـ ١٤١)، «التفريع» (٢ / ٢٩)، «الكافي» (٢٣١)، «مقدمات ابن رشد» (١ / ٤٧٦ ـ ٤٧٧)، «التلقين» (١ / ٢٨١)، «المعونة» (٢ / ٧٢٠)، «الذخيرة» (٤ / ٢١٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٥٥)، «الخرشي» (٣ / ١٧٦)، «معين الحكام» (١ / ٢١٩).
وهٰذا أحد الوجهين عند الحنابلة.
انظر: «المغني» (٩ / ٤٠٧)، «الإنصاف» (٨ / ٥٦)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٥٥)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٣٤)، «كشاف القناع» (٥ / ٤٣).

تزويجها بوجه حتى تبلغ[١]؛ لعموم الخبر الظاهر؛ ولأنّ حال الصغيرة يثبت معها الإجبار؛ كالبكر، ولأن ولاية الأب ثابتة عليها في هٰذه الحال، كالغلام، ولأن كل معنى لم يؤثر في سقوط الولاية عليها في المال لم يؤثر في إجبار الأب إياها على النكاح، أصله مجرد البلوغ، ولأنها ولاية ثابتة للأب على ولده الصغير، فلم يؤثر في إزالته ذهاب البكارة على أي وجه ذهبت، أصله ولاية المال، ولأنه عقد على منفعة يتضمن عوضاً؛ فجاز أن يملكه الأب على الثيب الصغيرة؛ كالإجارة، ولأنه عقد يتضمن عوضاً فجاز أن يملكه الأب على الثيب الصغيرة؛ كالبيع، ولأن الثيوبة التي تسقط الإجبار هي التي يثبت معها حكم الإذن؛ كالكبيرة، ولأنها إحدى حالتي المرأة؛ فلم ينفك عنها من جواز إنكاح الأب إياها؛ كحال البكارة[٢].

مسألة ١١٢٥

الثيوبة التي يرفع الإجبار بها هي التي تكون بوطء في نكاح أو شبهة نكاح أو ملك أو شبهة ملك دون الزنا والغصب[٣]، وقال الشافعي: ثيوبة[٤] الوطء بغير تفصيل[٥].

---

(١) قال القفال في «حلية العلماء» (٦ / ٣٣٦): «ويجوز للأب والجد تزويج البكر بغير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة، وبه قال مالك وهو أشهر الروايتين عنه في الجد».
وانظر: «مختصر المزني» (١٦٤)، «الإقناع» (١٣٤ ـ ١٣٦)، «المهذب» (٢ / ٣٨)، «الوجيز» (٢ / ٥)، «الحاوي الكبير» (١١ / ٩٩)، «روضة الطالبين» (٧ / ٥٤)، «المجموع» (١٧ / ٢٦٢).

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه. وانظر التعليق على المسألة السابقة.

(٣) «المدونة» (٢ / ١٤٠ ـ ١٤١)، «التفريع» (١ / ٢٩)، «الكافي» (٢٣١)، «المعونة» (٢ / ٧٢١)، «التلقين» (١ / ٢٨٢)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥)، «الخرشي» (٣ / ١٧٦)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٣٨).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «الاختيار» (٣ / ٩٣)، «القدوري» (ص ٦٩)، «المبسوط» (٥ / ٧)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٢٢٧)، «فتح القدير» (٣ / ٢٧٠)، «البحر الرائق» (٣ / ١٢٤)، «رؤوس المسائل» (٣٧٥).

(٤) في الأصل: «يثبت» بدل: «ثيوبة».

(٥) «الأم» (٥ / ١٨)، «مختصر المزني» (١٦٤)، «الحاوي الكبير» (١١ / ٩٧ ـ ٩٨)، «المهذب» (٢ / ٣٨)، «الوجيز» (٢ / ٥)، «المنهاج» (ص ٩٦)، «المجموع» (١٧ / ٢٦٦)، «الروضة» (٧ / =

ودليلنا أن المعنى الذي لأجله ارتفع إجبار الثيب بالنكاح أن الحياء الذي يكون في البكر والانقباض يزول عنها وتصير من أهل الاختيار، وهٰذا لا يوجد في المزنيّ بها؛ لأن الحياء يغلب عليها أشد من غلبته على البكر لقبح ما ركبته وللعار الذي لحقها لما زهد الناس فيها؛ فلم يرتفع الإجبار عليها، ولأن ذهاب البكارة إذا لم يحصل معها ذهاب الحياء[١] لا يزيل الإجبار؛ كالطفرة والوثبة، ولأن البكارة يتعلق بها أمران[٢] حجر في المال وإجبار التزويج ثم ثبوت ولاية المال لا تسقط عنها بهٰذا الفعل؛ كذلك الإجبار[٣].

مسألة ١١٣٦

لا يزوِّج الصغيرة ولا يملك إجبار البكر البالغ إلا الأب وحده[٤]، خلافاً لأبي

= ٥٤)، «مغني المحتاج» (٣/ ١٤٩)، «حلية العلماء» (٦/ ٣٣٨).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٩/ ٤١٠)، «الإنصاف» (٨/ ٦٤)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ١٥٦)، «كشاف القناع» (٥/ ٤٦)، «منتهى الإرادات» (٢/ ٦٣٦).

(١) في الأصل والمطبوع: «لم يحصل معها الإجبار، فذهاب الحياء»!! وفي هامش الأصل: «الوجه: سقوط كلمة (الإجبار) والفاء».

(٢) في الأصل والمطبوع: «حجران»، وفي هامشهما: «لعله: أمران».

(٣) رجحنا في المسألة قبل السابقة أنه ليس للأب أن يجبر ابنته البالغ ولو كانت بكراً على النكاح، وتظهر ثمرة هٰذه المسألة هنا لو كان له الإجبار، ولٰكن هل إذا ذهبت بكارتها بالزنا زوجت تزويج الثيب، فلا يكتفى بصماتها أم لا؟ لكلٍّ نصيبٌ من النظر، ولعل الصواب الاختلاف باختلاف حال المرأة عند الزواج، وأثر التوبة فيها أو قرب العهد وبُعده، والله أعلم.

(٤) «المدونة» (٢/ ١٤٠)، «التفريع» (٢/ ٢٩ ـ ٣١)، «الرسالة» (١٩٦ ـ ١٩٧)، «المعونة» (٢/ ٧٢٣)، «التلقين» (١/ ٢٨٢)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٦)، «الشرح الكبير» (٢/ ٢٢٤)، «الخرشي» (٣/ ١٧٩)، «معين الحكام» (١/ ١٦٦، ٢١٩)، «شرح الزرقاني» (٢/ ٣٠)، «جواهر الإكليل» (١/ ٢٧٨).
وهٰذا مذهب الحنابلة وأبي عبيد والثوري وابن أبي ليلى وأبي ثور، وهو رواية عن الأوزاعي.
انظر: «الإشراف» (٤/ ٣٧) لابن المنذر، «المغني» (٩/ ٤٠٢)، «الإنصاف» (٨/ ٦٢)، «كشاف=

حنيفة في قوله إن سائر العصبة في ذٰلك كالأب[١]، وللشافعي في إثباته ذٰلك للجدود[٢].

ودليلنا على أبي حنيفة قوله ﷺ: «لتستأمر اليتيمة»[٣]؛ فعم، وفي حديث ابن عمر لما زوجه قدامة بن مظعون بنت أخيه عثمان بن مظعون أنه ﷺ قال: «إنها يتيمة وإنها لا تنكح إلا بإذنها»[٤]، فناط ذٰلك باليتم وفسخ نكاحها، ولأن كل من لا يملك

= القناع» (٥ / ٤٧)، «تقرير القواعد» (٣ / ١٢٠ ـ بتحقيقي)، «أحكام القرآن» (٢ / ٥١) للجصاص، «اختلاف العلماء» (ص ١٢٦) للمروزي.

(١) «مختصر الطحاوي» (١٧٣)، «أحكام القرآن» (٢ / ٥١)، «اللباب» (٣ / ١٠)، «الاختيار» (٣ / ٩٤)، «المبسوط» (٤ / ٢١٣ ـ ٢١٩)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٢١ ـ ١٢٢)، «فتح القدير» (٣ / ٢٧٤، ٢٧٧ ـ ٢٧٨)، «إيثار الإنصاف» (١٢١)، «البحر الرائق» (٣ / ١١٨، ١٢٦، ١٢٨)، «شرح العيني» (١ / ١١٩)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٦٢ ـ ٦٤)، «الدر المختار» (٣ / ٦٨).
ونقل هٰذا عن الإمام أحمد، وهو قول أبي الخطاب من الحنابلة.
انظر: «الهداية» (١ / ٢٤٨) لأبي الخطاب، «الإنصاف» (٨ / ٦٢)، «اختلاف العلماء» (١٦٢) للمروزي.
وقال به جمع من الصحابة؛ كعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وزيد بن ثابت، وأم سلمة، وبه قال الحسن وعطاء وطاوس وقتادة وعمر بن عبد العزيز وابن سيرين وابن شبرمة وإسحاق ورواية عن الأوزاعي.
انظر: «أحكام القرآن» (٢ / ٥١) للجصاص، «اختلاف العلماء» (١٢٦)، «الإشراف» (٤ / ٣٧)، «المغني» (٩ / ٤٠٢).

(٢) «مختصر المزني» (١٦٤ ـ ١٦٥)، «الإقناع» (١٣٤)، «الحاوي الكبير» (١١ / ٩٩)، «المهذب» (٢ / ٤٨)، «المجموع» (١٧ / ٢٦١)، «روضة الطالبين» (٧ / ٥٣، ٥٤)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٤٩)، «شرح المحلِّي على المنهاج» (٣ / ٢٢٣)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٢٢٨)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٣٧)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٢٩ / رقم ١٩٦).

(٣) مضى تخريجه مسألة (١١٢٣).

(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (٢ / ١٣٠)، والدارقطني في «السنن» (٣ / ٢٢٩ ـ ٢٣٠)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ١٦٧)، والبيهقي (٧ / ١٢٠)، وفي «المعرفة» (٥ / ٢٥١) من حديث ابن عمر.
وإسناده حسن.
انظر تعليقي على: «سنن الدارقطني» (رقم ٣٤٨٧).

التصرف في مالها ببينة لا يملك إجبارها على النكاح؛ كالأجنبي، ولأنها ليست ولداً له تنسب إليه على وجه؛ كالخال[١].

(فصل): ودليلنا على الشافعي ما قدمناه، ولأنه عصبة يحجبه الأب كالأخ، ولأنه عصبة يسقط من تمليك الإجبار؛ فلم يملك هو الإجبار؛ كالعم، ولأن كل من لا يملك الإجبار مع وجود الأب فكذٰلك مع عدمه؛ كابن الأخ، ولأن كل تعصيب لا يفيد حجب الأخ عن الميراث لم يفد ولاية الإجبار كتعصيب العمومة، ولأنها ولاية تملك انتقالاً لا ابتداء فلم يملك بها الإجبار؛ كسائر الولايات.

مسألة ١١٢٧

وصية الأب على إنكاح البكر تصح ويملك الوصي بها عقد النكاح بإذنها[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣] والشافعي[٤]؛ لحديث قدامة بن مظعون لما قال: أنا عمها ووصي أبيها. فقال ﷺ: «إنها يتيمة لا تنكح إلا بإذنها»[٥]، موضع التعلق أنه ذكر السبب الذي اعتقد أنه يملك به أن يعقد هو كونه عماً ووصياً؛ فلم ينكر عليه، ولا قال ليس للوصي أن يعقد نكاحها بل عدل إلى أن علل منع العقد بمعنى يرجع إلى حالها وهو اليتم لا إلى صفة الولي؛ فدل على ما قلنا، ولأنها ولاية كانت ثابتة للأب حال حياته؛ فكان له نقلها إلى من يختار حال وفاته كولاية المال، ولأنها تولية من الأب في إنكاح من يلي عليه؛ كالوكيل[٦].

---

(١) الصحيح الذي دلت عليه السنة أن اليتيمة لا تزوَّج إلا بإذنها، ولا خيار لها إذا بلغت، وهٰذا أصح بدلالة الكتاب والسنة والاعتبار، انظر تفصيل ذٰلك في «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢/ ٤٥ ـ ٤٧)، «عون المعبود» (٦ / ٢١٧)، «مختصر السنن» (٤ / ١٥٢).

(٢) «المعونة» (٢ / ٧٣٢)، «التلقين» (١ / ٢٨٣)، «الذخيرة» (٤ / ٢٢٥)، «الخرشي» (٣ / ١٧٩)، «الشرح الكبير» (٢ / ٢٢٤)، «عارضة الأحوذي» (٥ / ٢٩).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٧٣)، «شرح العيني» (١ / ١١٩)، «فتح القدير» (٣ / ٢٧٧ ـ ٢٧٨).

(٤) «مختصر المزني» (١٦٥)، «الحاوي الكبير» (١١ / ١٣٠)، «المهذب» (٢ / ٤٨).

(٥) مضى تخريجه في المسألة السابقة.

(٦) «الراجح عدم جواز إنكاح غير الأب للصغيرة التي لا إذن لها لقوة أدلته، والله أعلم.

مسألة ١١٢٨

النكاح الموقوف على الإجازة كإنكاح الولي وليته قبل استئذانها ثم يعلمها فتختار أو ترد، وكذٰلك الأب في ابنه الكبير وما أشبه ذٰلك فيه روايتان:

إحداهما: أنه لا يصح جملة[١]، وهو قول الشافعي[٢].

والأخرى: أنه يجوز إذا علمت بقرب ذٰلك من غير تراخٍ شديد[٣].

وعند أبي حنيفة أنه يجوز على كل وجه[٤].

فوجه المنع قوله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها؛ فنكاحها باطل»[٥]؛ فسقط قول من زعم أنه موقوف، ولأنه عقد تقدم على شرط من شروط جوازه ولا يتم إلا بحصوله؛ فلم يصح، أصله العقد على من لها زوج قبل أن تبين منه، ولأنه نكاح لا يملك الزوج التكلف من إيقاع إطلاقه[٦] فكان باطلاً، كالعقد على المعتدة، ولأنه نكاح واقف على إجازة؛ فلم يصح، أصله قوله: زوجتك ابنتي إن شاء زيد، ولأنه لو كان تحته أربع نسوة فتزوج بخامسة ووقف نكاحها على طلاق إحدى الأربع لم يقف وكان باطلاً، كذٰلك في مسألتنا، ووجه الجواز حديث الخنساء أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها رسول الله ﷺ[٧]، ولأن العقد يقف على الإجازة؛ فجاز

---

(١) «المدونة» (٢ / ١٤٤)، «الرسالة» (١٩٦ ـ ١٩٧)، «الكافي» (٣٣٢ ـ ٣٣٥)، «المعونة» (٢ / ٧٢٤)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٦)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢٢٢)، «قوانين الأحكام» (١٧٣)، «فصول الأحكام» (٢٢٩).

(٢) «الأم» (٥ / ١٦١)، «مختصر المزني» (٣ / ٢٥٨ ـ بهامش الأم)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٤٤ ـ ٣٤٥)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٢٠ / رقم ١٩٣).
وهٰذا قول أحمد في رواية، وهي اختيار الخرقي. انظر: «المغني» (٧ / ٣٦٤ ـ ٣٦٥).

(٣) «بداية المجتهد» (٢ / ١٦)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢٢٢)، «القوانين الفقهية» (١٧٣).

(٤) «المبسوط» (٥ / ١٥)، «اللباب» (٣ / ٢١)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٨٠).

(٥) مضى تخريجه.

(٦) كذا في الأصل وفي هامش المطبوع: «لعل أصل العبارة: لا يملك الزوج التسلط من إيقاع طلاقه».

(٧) أخرج مالك في «الموطأ» (٢ / ٥٣٥) ـ ومن طريقه البخاري في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب إذا زوّج ابنته وهي كارهة فنكاحُه مردود، رقم ٥١٣٨، وكتاب الإكراه، رقم ٦٩٤٥)، وأبو داود =

أن يقف على الفسخ؛ لأن حقها ثابت في الإجازة كثبوته في الفسخ، ولأنه تعبير[1] بالبيع في أصله بعلة أنه عقد معاوضة ليس من شرطه التقابض في الحال، ولأن الوصية تصح على الإجازة من الموصى له؛ فكذلك النكاح بعلة أنه عقد تمليك يتضمن إيجاباً وقبولاً، ولأن المتلقط يتصدق باللقطة بعد انقضاء السنة ويكون موقوفاً على إجازة المالك كذلك النكاح، والأول أصح وأقيس[2].

مسألة ١١٢٩

فسق الولي لا يزيل ولايته[3]، خلافاً للشافعي[4]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]؛ فعم، ولأنه عصبة حر مسلم عاقل بالغ وإن شئت قلت: من ملك أن يزوج نفسه جاز أن يكون ولياً في عقد النكاح؛ كالعدل، ولأن الفسق لا

= (٢١٠١)، والنسائي (٦/ ٨٦)، والدارمي (٢/ ٦٢) في «سننهم»، وغيرهم؛ عن خنساء بنت خِدَام الأنصاريَّة: أنَّ أباها زوَّجها وهي ثيِّب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله ﷺ فردَّ نكاحه، وليس فيه التخيير، والتخيير وقع في مرسل أبي سلمة، عند الدارقطني (٣/ ٢٣١)، والبيهقي (٧/ ١٢٠) ومن مرسل نافع بن جبير، عند البيهقي (٧/ ١١٩).

(١) في المطبوع: «مقيس».

(٢) الأظهر وقف العقد في الإجازة في بعض الحالات دون بعض، كما إذا زوجها الولي بغير إذنها وهي بكر بالغة لا إجبار له عليها، كما دلت عليه السنة وشواهد الأصول فاختارت هي العقد جاز، ولم يكن هذا بمنزلة تصرف الفضولي. انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢/ ٢٩، ٣٠).

(٣) «المعونة» (٢/ ٧٣٩)، «التفريع» (٢/ ٣٢ ـ ٣٣)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٩)، «الخرشي» (٣/ ١٨٧)، «مقدمات ابن رشد» (٢/ ٣٤).

وهذا مذهب الحنفية. انظر: «مختصر الطحاوي» (ص ١٦٩ ـ ١٧٠)، «بدائع الصنائع» (٣/ ١٢٤٨)، «الاختيار» (٣/ ٩٢)، «فتح القدير» (٣/ ٢٨٥)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٧٤).

(٤) «الأم» (٥/ ١٢ ـ ١٤)، «الإقناع» (١٣٤)، «الروضة» (٤/ ٦٤)، «المهذب» (٢/ ٣٧)، «الوجيز» (٢/ ٦)، «المنهاج» (ص ٩٦)، «المجموع» (١٧/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥، ٢٥٧)، «مغني المحتاج» (٣/ ١٥٥)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٢٣٦)، «حلية العلماء» (٦/ ٣٣٢)، «الحاوي الكبير» (٩/ ٦١ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مختصر الخلافيات» (٤/ ١٢٧/ رقم ١٩٥).

وهذا مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٩/ ٣٦٨)، «الإنصاف» (٨/ ٢٧)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ١٥٠)، «كشاف القناع» (٥/ ٥٤)، «منتهى الإرادات» (٢/ ٦٤٠، ٦٤٢).

يؤثر في المقصود بولاية النكاح؛ فلم يكن مانعاً منها[(١)].

مسألة ١١٣٠

ينعقد النكاح من غير إشهاد[(٢)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٣)] والشافعي[(٤)]؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ولأنه عقد من العقود؛ فلم يكن الإشهاد شرطاً في انعقاده كسائر العقود ولأنه معنى يقصد به التوثق؛ فلم يكن شرطاً في

---

(١) ورد في حديث جابر مرفوعاً: «لا نكاح إلا بولي مرشد» عند البرقاني، وإسناده ضعيف جداً.
انظر: «فتح الباري» (٩ / ١٩١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٥٠).
وورد عند الدارقطني (٣ / ٢٢١) من حديث ابن عباس مرفوعاً: «وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه؛ فنكاحها باطل»، وإسناده ضعيف جداً أيضاً. انظر تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٣٤٦٢).
ولا ينهض بمثل هٰذا حُجَّة، فبقينا على الأصل، وهو اشتراط مطلق الولي، والله أعلم.

(٢) «المدونة» (٢ / ١٥٨)، «مقدمات ابن رشد» (١ / ٤٧٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٧)، «الرسالة» (١٩٦)، «الكافي» (٢٢٩)، «المنتقى» (٣ / ٣١٣)، «عارضة الأحوذي» (٥ / ١٧ ـ ١٨)، «المعونة» (٢ / ٧٤٥)، «الشرح الصغير» (٢ / ١٩٧)، «التلقين» (١ / ٢٨٦)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٩)، «الخرشي» (٣ / ١٦٧)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢١٦)، «الفواكه الدواني» (٢ / ٣)، «بلغة السالك» (٢ / ٣٣٦).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٧٢)، «المبسوط» (٥ / ٣٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٥١ / رقم ٧١٥)، «الاختيار» (٣ / ٨٣)، «فتح القدير» (٣ / ١٩٩)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ١٩٧)، «بدائع الصنائع» (٣ / ٣٨١)، «تبيين الحقائق» (٢ / ٩٨)، «البحر الرائق» (٣ / ٩٤)، «شرح العيني» (١ / ١١٤).

(٤) «الأم» (٥ / ٢٢)، «مختصر المزني» (١٦٤)، «الحاوي الكبير» (٩ / ٥٧ ـ ط دار الكتب العلمية)، «المهذب» (٢ / ٤١)، «الوجيز» (٢ / ٤)، «المجموع» (١٧ / ٢٩٦)، «روضة الطالبين» (٧ / ٤٥)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٦٥)، «المنهاج» (ص ٩٦)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٤٤)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٢١٧).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٩ / ٣٤٧)، «الإنصاف» (٨ / ١٠٢)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٦٣)، «كشاف القناع» (٥ / ٦٥)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٤٨).
وهٰذا مذهب الظاهرية. انظر: «المحلى» (٩ / ٤٦٥).

انعقاد النكاح؛ كالرهن والكفالة، ولأن كل شخص لا يحتاج إليه في إيجاب ولا قبول لم يكن حضوره شرطاً في انعقاد النكاح؛ كالزوجة وسائر الأجانب، ولأن كل شخص لم يحتج إلى حضوره في عقد البيع مع حضور الموجب والقابل لم يحتج إلى حضوره في عقد النكاح؛ كالفاسق[1].

مسألة ١١٣١

التراضي بكتمان النكاح يبطل العقد[2]، خلافاً لأبي حنيفة[3] والشافعي[4]؛ لقوله ﷺ: «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغِرْبَال»[5]، وروي أنه ﷺ نهى عن نكاح

---

(١) الذي لا ريب فيه أن النكاح مع الإعلان يصح، وإن لم يشهد شاهدان، وأما مع الكتمان والإشهاد؛ فهٰذا مما ينظر فيه، وإذا اجتمع الإشهاد والإعلان؛ فهٰذا الذي لا نزاع في صحته، وإن خلا عن الإشهاد والإعلان؛ فهو باطل عند العامة.

وأما إذا كان النكاح في موضع لا يظهر فيه كان إعلانه بالإشهاد؛ فالإشهاد يجب في النكاح لأنه به يعلن ويظهر، لا لأن كل نكاح لا ينعقد إلا بشاهدين، ويدل عليه ما صح من قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل».

وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢ / ٣٥، ١٢٧ ـ ١٢٩)، «ترجيحات شيخ الإسلام ابن تيمية في النكاح» (١٣٧ ـ ١٥٦).

(٢) «المدونة» (٢ / ١٥٨ ـ ١٥٩)، «عارضة الأحوذي» (٥ / ١٨، ١٩)، «المعونة» (٢ / ٧٤٦)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٩)، «الشرح الكبير» (٢ / ٢٣٦ ـ ٢٣٧).

(٣) «المبسوط» (٥ / ٣٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٥١ / رقم ٧١٥)، «فتح القدير» (٣ / ١٩٩ ـ ٢٠٠).

(٤) «الأم» (٥ / ٢٢)، «مختصر المزني» (١٦٤)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٢١٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٦٥).

(٥) أخرجه الترمذي (١٠٨٩)، وابن ماجه (١٨٩٥) والبيهقي (٧ / ٢٩٠) في «سننهم»، وابن عدي في «الكامل» (٣ / ٨٧٩ و٥ / ١٨٨١)، وأبو نعيم في «الحلية» (٣ / ٢٦٥)، وفي «أخبار أصبهان» (١ / ١٧٤)، والخطيب (٤ / ١٣٧)، وابن الجوزي في «الواهيات» (٢ / ١٣٨)؛ عن عائشة مرفوعاً.

وإسناده ضعيف جداً. فيه خالد بن إلياس أبو الهيثم العدوي، متروك، وفي إسناد الترمذي عيسى بن ميمون ضعيف. انظر: «إرواء الغليل» (١٩٩٣).

ويغني عنه ما أخرجه الترمذي (١٠٨٨) والنسائي (٦ / ١٢٧) وابن ماجه (١٨٩٦) والبيهقي (٧ / ٢٨٩) في «سننهم»، وأحمد في «المسند» (٣ / ٤١٨ و٤ / ٢٥٩)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / =

السر[(١)]، ولأن الزنا لما كان يقع مستتراً مكتتماً وجب أن يقع النكاح على خلافه، وإلا كان ذريعة إلى إباحته؛ لأن كل من وجد مع امرأة ادعى أنها زوجته وأن شهوده غُيَّب، فوجب حسم الباب فيه[(٢)].

مسألة ١١٣٢

للسيد إجبار عبده على النكاح[(٣)]، خلافاً للشافعي[(٤)]؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ﴾ [النور: ٣٢]، ولم يشترط إذنهم، ولأنه مملوك له بيعه كالأمة، ولأنه عقد على منفعة؛ فكان للسيد إجبار من يملكه عليه، كالإجارة،

= ١٨٤)، وغيرهم؛ من حديث محمد بن حاطب رفعه: «فصل بين الحلال والحرام، الدُّفّ والصوت في النكاح».

وإسناده حسن.

(١) أخرجه عبدالله بن الإمام أحمد في «زوائد المسند» (٤ / ٧٧) من طريق حسين بن عبدالله بن ضمرة، عن عمرو بن يحيى المازني، عن جدّه أبي حسن: أن النبي ﷺ كان يكره نكاح السِّر، حتى يضرب بدُف.

وإسناده واهٍ بمرة.

حسين بن عبدالله بن ضمرة كذبه مالك، وقال ابن معين: «ليس ثقة ولا مأمون»، وقال أحمد: «لا يساوي شيئاً، متروك الحديث، كذاب».

انظر: «سنن البيهقي» (٧ / ٢٩٠)، «مجمع الزوائد» (٤ / ٢٨٨)، وفي الباب عن عمر قوله عند مالك في «الموطأ» (٢ / ٥٣٥) وهو أشبه.

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو الراجح.

انظر: «مجموع الفتاوى» (٣٢ / ٣٥، ١٢٩ ـ ١٣٠)، «الجامع للاختيارات الفقهية» (٢ / ٦١٢ ـ ٦١٦).

(٣) «المعونة» (٢ / ٧٤١)، «التلقين» (١ / ٢٨٦)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥)، «معين الحكام» (١ / ٢٥٦)، «شرح الزرقاني» (٣ / ١٩٤)، «جواهر الإكليل» (١ / ٢٨٥)، «أصول الفتيا» (١٨٣).

وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «مختصر الطحاوي» (ص ١٧٤)، «المبسوط» (٥ / ١١٣)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٧٨).

(٤) هو أحد قولي الشافعي. وانظر: «الأم» (٥ / ٤١)، «الإقناع» (١٣٦)، «المهذب» (٢ / ١٠)، «الوجيز» (٢ / ١٠)، «المنهاج» (ص ٩٨)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٦٢)، «أسنى المطالب» (٣ / ١٤٦)، «شرح المحلّي على المنهاج» (٣ / ٢٣٨).

ولأن كل ما لا يملكه العبد من نفسه من التصرف إلا بإذن سيده كان للسيد تملكه عليه، أصله خدمة الغير[١].

مسألة ١١٣٣

لا يجبر السيد على إنكاح عبده إذا طلب العبد ذٰلك[٢]، خلافاً للشافعي[٣]؛ لأنه مملوك كالأمة، ولأنه قد يكثر الوطء فيؤدي إلى ضعفه ونقص خدمته، ولأنه عيب فيه ينقص ثمنه يوجب الرد لمبتاعه؛ فلم يجبر السيد عليه كسائر ما يوجد فيه هٰذا المعنى لأن القصد من النكاح الوطء وهو اللذة ولا يجبر السيد عليه؛ كاللباس الفاخر والطِّيب[٤].

مسألة ١١٣٤

إذا غاب الأب عن البكر غيبة قريبة غير منقطعة وعلم منها خبره؛ فلا يجوز إنكاح ابنته البكر إلا بإذنه[٥] خلافاً لأحد وجهي الشافعية[٦]؛ لقوله ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها»[٧]؛ فدل على أن ذات الأب بخلافها، ولأن حق الولاية والإجبار ثابت له وما قرب من الغيبة في حكم الحضر، فلم يكن لأحد الافتيات عليه كما لو كان حاضراً، ولأن الأب لو أمسك عن إنكاحها لم يكن لأحد الافتيات عليه إلا بعد تكرر ذٰلك منه والعلم منه بعضلها[٨].

---

(١) ما ذكره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٢) «المعونة» (٢ / ٧٤١)، «التلقين» (١ / ٢٨٦)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥)، «شرح الزرقاني» (٣ / ١٩٤).

(٣) «الأم» (٥ / ٤١)، «الإقناع» (١٣٦)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٦٣)، «أسنى المطالب» (٣ / ١٤٦)، «شرح المحلِّي على المنهاج» (٣ / ٢٣٩).

(٤) ما ذكره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٥) «المدونة» (٢ / ١٤٤)، «المعونة» (٢ / ٧٢٤)، «معين الحكام» (١ / ٢١٧).

(٦) «حلية العلماء» (٦ / ٣٣٤ ـ ٣٣٥)، «روضة الطالبين» (٧ / ٦٩).

(٧) مضى تخريجه.

(٨) ما ذكره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

مسألة ١١٣٥

إذا قالت له أمته: أعتقني على أن أتزوجك ويكون عتقي صداقي، فأعتقها على هٰذا الشرط؛ فالعتق واقع وهي بالخيار: إن شاءت تزوجته، وإن شاءت لم تتزوجه ولا شيء عليها ولا يكون عتقها إن تزوجته صداقها، بل يكون لها صداق مستأنف[1]، وبهٰذا كله قال أبو حنيفة[2] والشافعي[3]؛ إلا في موضع واحد، فإن الشافعي يقول: إذا كرهت نكاحه عليها قيمتها له. وحكي عن الأوزاعي أنها تجبر على أن يتزوجها[4]، وعن أحمد بن حنبل العتق يقع بعقد النكاح في الحال[5].

فدليلنا على الأوزاعي: أنا لو ألزمناها النكاح بالشرط كنا قد ألزمنا ذمتها ذٰلك، والعقود لا تثبت في الذمم، ولأنه سلف في النكاح؛ فلم يصح، أصله لو قال رجل لرجل: أسلفك هٰذا الألف على أن تزوجني ابنتك عليها.

ودليلنا على أحمد: أن العتق إزالة الملك وإزالة الملك عن الشيء لا يتضمن ملكه واستباحته بوجه آخر اعتباراً بالأصول كلها، ولأن الشرط لا يخلو من أن يكون على أن يعتقها على أن يتزوجها؛ فذٰلك استئناف تزويج بعد العتق؛ فلا يجب أن

---

(١) «المدونة» (٢ / ١٧٩ ـ ١٨٠)، «التفريع» (٢ / ٣٨ ـ ٣٩)، «المعونة» (٢ / ٧٦٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٩)، «الكافي» (٢٥٠)، «الخرشي» (٣ / ٢٢٣)، «تحرير الكلام في مسائل الالتزام» (ص ٢٩٩).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٧٥ ـ ١٧٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٧٢ / رقم ٧٤٦)، «عمدة القاري» (٤ / ٨٧).

(٣) «المهذب» (٢ / ٥٦)، «المجموع» (١٨ / ١٤)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (٩ / ٢٢٢ ـ ٢٢٣)، «روضة الطالبين» (٩ / ٨٥ ـ ٨٦)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٥١).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٧٢)، «المغني» (٦ / ٤٧٠)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٥١)، «عمدة القاري» (٤ / ٨٧)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (٩ / ٢٢٢)، «المحلى» (٩ / ٦١٧)، «نيل الأوطار» (٦ / ١٦٥)، «تحفة الأحوذي» (٢ / ١٨٤)، «فقه الإمام الأوزاعي» (٢ / ٣٦).

(٥) «المغني» (٦ / ٤٧٠)، «الإنصاف» (٨ / ٩٧)، «كشاف القناع» (٥ / ٦٣)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٤٦)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٧٦ / رقم ٦٢١).

يقع مع العتق أو على أنه إذا أعتقها صارت زوجة؛ فذٰلك باطل لأنها إنما تحصل زوجة بأن يعقد عليها نكاحاً والعتق ليس بعقد نكاح، ولأن عقد النكاح إيجاب وقبول ولم يحصل منهما قبول إلا قبل إمكان ذٰلك لأنها ما دامت أمة له فلا يصح كونها زوجة، وإذا كان كذٰلك لم تكن زوجة بالقبول قبل حال الإمكان كما لو عقد على معتدة.

ودليلنا على الشافعي أنها لم تتلف عليه شيئاً؛ لأنه هو المتكلف على نفسه حين عاوض على ما لا يلزم الوفاء به[١].

مسألة ١١٣٦

الأخ للأب والأم أولى بالنكاح من الأخ للأب[٢]، خلافاً لأحد قولي الشافعي[٣]؛ لأنه قوة للتعصيب يسقط في الميراث، فكذٰلك في ولاية النكاح؛ كالأخ مع الابن[٤].

---

(١) ثبت في «صحيح مسلم» (رقم ١٣٦٥) عن أنس: أن النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها؛ فالحديث صريح في صحة جعل العتق صداقاً، وقد وقع ذٰلك في كلام الرواة، فقال ثابت لأنس بعد هٰذا الحديث عند مسلم: «ما أصدقها؟ قال: نفسها وأعتقها»، وهٰذا ظاهر في أنه جعل العتق صداقاً، أما دعوى الاختصاص؛ فلا دليل عليها.

انظر: «سبل السلام» (٣/ ١٤٨)، «نيل الأوطار» (٦/ ١٦٥).

(٢) «المدونة» (٢/ ١٤٣ ـ ١٤٥)، «التفريع» (١/ ٣١ ـ ٣٣)، «الرسالة» (١٩٦)، «الكافي» (٢٣١ ـ ٢٣٣)، «المعونة» (٢/ ٧٣٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥).

(٣) أصح القولين عندهم أن الأخ من الأب والأم أولى من الأخ من الأب، وقال في القديم: هما سواء وهو قول أبي ثور.

انظر: «الأم» (٥/ ١٣)، «مختصر المزني» (١٦٥)، «الإقناع» (١٣٤)، «حلية العلماء» (٦/ ٣٢٨)، «المهذب» (٢/ ٣٦ ـ ٣٧)، «الوجيز» (٢/ ٦)، «المنهاج» (ص ٩٦) ـ وفيه: «وهو الأظهر»؛ أي: تقديم الأخ الشقيق على الأخ لأب ـ، «فقه الإمام أبي ثور» (ص ٤٦٢).

ونقل ابن قدامة في «المغني» (٦/ ٤٤٩) مذهب أبي ثور.

(٤) ما ذكره المصنف وجيه وقوي، وهو مذهب جماهير أهل العلم، وبه يقول الأئمة الأربعة وغيرهم، والله أعلم.

مسألة ١١٣٧

تملك ولاية التزويج بالبنوة[1]، خلافاً للشافعي[2]؛ لقوله ﷺ لعمر بن أبي سلمة: «قم فزوِّج أمك»[3]، ولأنه معنى يفيد التعصيب في المواريث؛ فوجب أن

= وانظر: «مختصر الطحاوي» (ص ١٦٩)، «المبسوط» (٤ / ٢١٩)، «البناية» (٤ / ١٣٥)، «نصب الراية» (٣/ ١٩٥)، «الدراية» (٢ / ٦٢).

(١) «المعونة» (٢ / ٧٣١)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٣)، «الكافي» (٢٣٢)، «الخرشي» (٣/ ١٨٠)، «الشرح الصغير» (٢ / ٣٥٩)، «الفواكه الدواني» (٢ / ٨).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «مختصر الطحاوي» (ص ١٦٩)، «القدوري» (٧٠)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٢٢٠)، «الاختيار» (٣ / ٩٦)، «المبسوط» (٤ / ٢١٩ ـ ٢٢٠)، «بدائع الصنائع» (٢ / ٢٥٠)، «فتح القدير» (٣ / ٢٩٠)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٢٧)، «البحر الرائق» (٣ / ١٣٦)، «الغرة المنيفة» (ص ١٣٨)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٧٨)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٧٦).
وهو مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٩ / ٣٥٧)، «الإنصاف» (٨ / ٦٩)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٣٨)، «كشاف القناع» (٥ / ٥٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٥٨).
وهٰذا قول المزني في «مختصره» (١٦٥).
وانظر: «الحاوي الكبير» (١١ / ١٣١)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٢٣٢).
وهو مذهب إسحاق وابن المنذر، أفاده ابن قدامة والماوردي.

(٢) «الأم» (٥ / ١٣)، «الإقناع» (١٣٤)، «الحاوي الكبير» (١١ / ١٣١)، «الروضة» ٧ / ٦٠)، «المهذب» (٢ / ٣٧)، «المجموع» (١٧ / ٢٥٢)، «المنهاج» (ص ٩٦)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٥١)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٣٠)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٣٥ / رقم ١٩٨)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٢٣٢).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٦ / ٢٩٥، ٣١٣ ـ ٣١٤)، والنسائي في «المجتبى» (٦ / ٨١ ـ ٨٢)، وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٨ / ٨٩ ـ ٩٠)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣ / ١١ ـ ١٢)، وابن الجارود (٧٠٦)، والطبراني (٢٣ / ٢٤٦ - ٢٤٧)، وأبو يعلى (٦٩٠٧، ٦٩٠٨)، والحاكم (٤ / ١٦ - ١٧)، وابن عبدالبر (٣ / ١٨٦ - ١٨٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ١٣١)؛ من طريق حماد بن سلمة، عن ثابت البناني، عن ابن عمر بن أبي سلمة، عن أبيه، عن أم سلمة، وإسناده صحيح.
وانظر تتميماً لتخريج الحديث وذكر بعض الاعتراضات على متنه في: «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٣٥ ـ ١٣٦)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٥٨ ـ ١٦١)، «الهداية» (٦ / ٣٨٤ ـ ٣٨٨) للغماري.

يفيده ذٰلك في ولاية النكاح؛ كالأخوة والأبوة، ولأن البنوة توجب الولاية على من يكون ابناً له، أصله إذا كان ابن عمها، ولأن كل حكم ثبت للابن الذي هو من ابن العم ثبت للابن الذي ليس من ابن العم، أصله الميراث، ولأن كل ذكر كان عصبة في الميراث كان عصبة في عقد النكاح، أصله الأخ والعم[١].

مسألة ١١٣٨

الابن وابن الابن مقدَّمان على الأب في ولايته في النكاح[٢]، خلافاً لأبي حنيفة أو بعض أصحابه[٣]؛ لأن تعصيبه أقوى[٤]، بدليل أن الأب يصير معه من ذوي

---

(١) تستفاد ولاية النكاح بالبنوّة، وفيه نص، وهو «ولي عند الجمهور»؛ كما في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ٣٤) لابن تيمية.

(٢) «المعونة» (٢ / ٧٣١)، «التلقين» (١ / ٢٨٢)، «التفريع» (٢ / ٣٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥)، «الشرح الصغير» (٢ / ٣٥٩)، «الفواكه الدواني» (٢ / ٨).
ويستثنى عندهم في تقديم الابن على الأب إذا كانت المرأة في حجر أبيها أو وصيتها أو وصية أو مقدَّم قاضي؛ لأنه في منزلة الأب، فيقدم على هٰؤلاء على الابن، وكذٰلك إذا كان الابن من زنى ولم تثيب أمه قبله من نكاح، وكذٰلك المجنونة، فإن أباها يجبرها مع وجود ولدها.
ومذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أن الابن أحق بالولاية من الأب عند اجتماعهما.
انظر: «المبسوط» (٤ / ٢٢٠)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٨٠)، «بدائع الصنائع» (٢ / ٢٥٠).
وهٰذا مذهب إسحاق وابن المنذر والمزني من الشافعية وهو رواية عن أحمد.
انظر: «المغني» (٩ / ٣٥٥، ٣٥٧)، «الإنصاف» (٨ / ٦٩)، «كشاف القناع» (٥ / ٥٠)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٢٣٢).

(٣) وهو قول محمد بن الحسن الشيباني.
انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٥٤ / رقم ٧١٩)، «بدائع الصنائع» (٢ / ٢٥٠ و٣ / ١٨٥)، «المبسوط» (٤ / ٢٢٠).
وقول أبي حنيفة كمالك، ويحكى عن أبي يوسف أنه اعتبر الابن والأب في درجة واحدة. أفاده الكاساني في «بدائع الصنائع» (٢ / ٢٥٠)، وتقديم الأب هو رواية أخرى عن أحمد، وهو مذهب الحنابلة، وهو مذهب الشافعية؛ إذ لا ولاية للابن عنده كما في المسألة السابقة.
انظر: «الإنصاف» (٨ / ٦٩)، «المغني» (٩ / ٣٥٥)، «المبدع» (٧ / ٣٠)، «كشاف القناع» (٥ / ٥٠)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٣٨)، «تقرير القواعد» (٣/ ١٢٠ ـ بتحقيقي).

(٤) يجاب عنه: بأن الابن أقوى تعصيباً من الأب في الميراث، لا في ولاية النكاح ولا يجوز أن تعتبر =

الفروض، وإذا كان تعصيبه أقوى وجب أن يكون مقدماً عليه؛ كالأخ للأب والأم مع الأخ للأب[١].

مسألة ١١٣٩

الأخ وابن الأخ مُقدَّمان على الجدِّ في ولاية النكاح[٢]، خلافاً للشافعي[٣]؛ لأنهما أقوى تعصيباً منه لأن الأخ يدلي بالبنوة والجد يدلي بالأبوة، ولأن الأخ يقول: أنا ابن أبيك، والجد يقول: أنا أبو أبيك، وقد بيَّنا أن تعصيب البنوة مقدم على تعصيب الأبوة.

مسألة ١١٤٠

إذا حضر العصبة الأقرب والأبعد ولم يتشاحوا في العقد؛ فأيهم عقد جاز[٤]، وقال الشافعي: لا يصح عقد الأبعد مع الأقرب[٥].

ودليلنا أنهما عصبة لا تملك الإجبار؛ فصح أن يعقد أحدهما مع الآخر كالمتساويين في القرب.

مسألة ١١٤١

إذن البكر صماتها[٦]، وحكى الإسفراييني عن أصحابه أن لهم وجهين،

= قوة التعصيب في الميراث سبباً لأولوية الولاية في النكاح؛ لأن الصغير والمجنون من الأبناء يسقط في الميراث تعصيب الآباء، وإن خرج من ولاية النكاح عن حكم الآباء، أفاده الماوردي.

(١) لو قيل: إن الابن والأب سواء في ولاية النكاح كما لو أوصى لأقرب قرابته؛ لكان متوجهاً. قاله ابن تيمية في «الاختيارات الفقهية» (ص ٣٥٢)، وإلا؛ فتقديم الأب قول وجيه وقوي لخبرته ومعرفته بابنته من جهة وبالرجال من جهة أخرى، ولما في قلبه من شفقة وحنان من جهة ثالثة.

(٢) «المعونة» (٢ / ٧٣٠)، «التلقين» (١ / ٢٨٣)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥).

(٣) «مختصر المزني» (١٦٥)، «الحاوي الكبير» (١١ / ١٢٨)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٢٨)، «المهذب» (٢ / ٣٧).

(٤) «المعونة» (٢ / ٧٣٢)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٧)، «معين الحكام» (١ / ٢٤٢).

(٥) «مختصر المزني» (١٦٥)، «الإقناع» (١٣٥)، «الحاوي الكبير» (١١ / ١٢٨ ـ ١٣٠)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٢٩).

(٦) «جامع الأمهات» (ص ٢٥٦)، «شرح الزرقاني على خليل» (٣ / ١٧٧)، «جواهر الإكليل» (١ / =

أحدهما مثل قولنا، والآخر: أن هٰذا في الأب والجد، فأما في سائر الأولياء؛ فإن إذنها لا يكون إلا بالقول[١].

ودليلنا قوله ﷺ: «والبكر تستأذن وإذنها صماتها»[٢]، وقوله: «تستأذن اليتيمة في نفسها، فإن سكتت؛ فقد أذنت»[٣]، فهٰذا نص في موضع الخلاف، ولأن الإذن الذي هو بالقول لا يختلف باختلاف الأولياء؛ فكذٰلك الصمات، ولأن السكوت إنما جعل إذناً في حقها؛ لأنها تستحي أن تتكلم ويغلب عليها الحياء ويكره أن تسرع بالنطق إلى الإجابة؛ فيظن منها محبة لذٰلك، وهٰذا لا يختلف باختلاف الأولياء[٤].

مسألة ١١٤٢

إذا اتفق أولياء امرأة على نكاح من يقصر عنها في الكفاءة جاز[٥]، خلافاً لمن

= ٢٨٠).

وهٰذا مذهب شريح والشعبي وإسحاق والنخعي والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وأحمد، وبه قال ابن سيرين.

انظر: «الإشراف» (٤ / ٣٦)، «المغني» (٩ / ٤٠٨)، «الإنصاف» (٨ / ٦٤)، «كشاف القناع» (٥ / ٤٨).

(١) أصح القولين عندهم إذنها هو الصمت، سواء كان المزوِّج أباً أو غيره.

انظر: «المهذب» (٢ / ٣٧)، «روضة الطالبين» (٧ / ٥٥)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٣٨)، «شرح المحلِّي على المنهاج» (٣ / ٢٢٣).

ومذهب الحنفية: إن كان المنكحُ أباً اكتفي بسكوتها، وإن كان غيرَ الأب؛ فلا بُدَّ من نطقها بالرضا.

انظر: «الاختيار» (٣ / ٩٢ ـ ٩٣)، «الدر المختار» (٣ / ٦٣).

(٢) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ١٤٢١) من حديث ابن عباس.

(٣) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم ١٤١٩) من حديث أبي هريرة.

(٤) الراجح أنَّ الصمت هو إذن البكر، وعليه الدليل الصريح الصحيح، وبه قال جمهور الفقهاء، والله الموفق.

(٥) «المدونة» (٢ / ١٤٧ ـ ١٤٩)، «التفريع» (٢ / ٣٥)، «المعونة» (٢ / ٧٤٨)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦١)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٦)، «الخرشي» (٣ / ٢٠٥)، «معين الحكام» (١ / ٢٤٣).

قال: لا يجوز أن يثبت[١]، والإسفراييني حكى عن عبدالملك ابن الماجشون صاحبنا أن الكفاءة شرط في صحة النكاح لا يجوز الاتفاق على تركها، وهٰذا تقويل للرجل ما لم يقل، والدليل عليه أن المنع منه لإلحاق العار، وذٰلك حق لها وللأولياء لا يتعلق به حق لله تعالى، فإذا اتفقا على إسقاطه جاز كالنقصان من مهر المثل.

مسألة ١١٤٣

الكفاءة عندنا الدين والحرية والسلامة من العيوب الموجبة للرد وهي الجنون[٢] والجذام[٣] والبرص[٤] والجب[٥] والعنّة والاعتراض والإعسار ينافي الكفاءة[٦]، ومحمد بن الحسن أخرج الدين من الكفاءة[٧]، وأبو حنيفة أسقط

---

(١) هو أحد قولي الإمام أحمد وقول سفيان بن عيينة.
انظر: «المغني» (٦ / ٤٨٠)، «الإنصاف» (٨ / ١٠٥ ـ ١٠٦)، «كشاف القناع» (٥ / ٦٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٦٨ / رقم ٦١٦)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٧٣ ـ ٧٤).
وهو قول مرجوح عند الشافعية.
قال النووي في «المنهاج» (ص ٩٧): «إذا زوّج أحد الأولياء من غير كفء برضاها دون رضى الباقين لم يصح على الراجح، وعلى القول بالصحة ـ أي: بالمرجوح من القولين ـ يثبت لهم الفسخ».
وانظر: «الأم» (٥ / ١٥)، «المهذب» (٣٩٢).

(٢) هو اختلال العقل، بحيث منع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً.
انظر: «المغرب» (١ / ١٦٦)، «أنيس الفقهاء» (ص ٥٥).

(٣) هو علّة يحمر منها العضو ثم يسوّد ثم يتقطع ويتناثر، ويتصور في كل عضو؛ إلا أنه في الوجه أغلب.
انظر: «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٠٩).

(٤) هو بياض شديد، يبقع الجلد، ويذهب دمويته. انظر: «مغني المحتاج» (٣ / ٢٠٢).

(٥) الجب: قطع الذكر والأنثيين، وكذا مقطوع الأنثيين فقط إذا كان لا يمني، وهٰذا عند المالكية. انظر: «الشرح الكبير» (٢ / ٢٧٨).

(٦) «الرسالة» (١٩٨ ـ ١٩٩)، «الكافي» (٢٣٠)، «المعونة» (٢ / ٧٤٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦١)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٦)، «الخرشي» (٣ / ٢٠٥)، «معين الحكام» (٢ / ٢٤٤)، «فصول الأحكام» (١٦١)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢٧٨)، «الفواكه الدواني» (٢ / ٤٣).

(٧) «الجامع الصغير» (٤٠)، «الجامع الكبير» (ص ٩٢ ـ ٩٤)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٥٢).

اليسار[1] وهو أحد قولي الشافعي[2]، واعتمد أصحاب الشافعي على الصناعة وفيها نظر يجب أن تكون من الكفاءة[3].

ودليلنا على اعتبار الدين قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣]، وقوله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فأنكحوه»[4]، ولأن من لا دين له ناقص في العادة يلحق العار به.

ودليلنا على اعتبار المال أن في عدمه إضراراً بها؛ لأنه إما أن يأكل مالها أو ينفق عليها فتحتاج إلى مطالبته بالطلاق، وذلك نقص في العادة.

ودليلنا على اعتبار الحرية أنَّ العبد أنقص حرمة من الحر؛ فيلحق الأولياء العار بكون وليتهم تحته، وأما اعتبار السَّلامة من العيوب؛ فلأنَّها نقصٌ يوجب الخيارَ على ما سنذكره[5].

---

(١) «مختصر الطحاوي» (١٧٠، ١٨١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٥٢ / رقم ٧١٧)، «المبسوط» (٥ / ٩٥ ـ ١٠٠)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٣٣٥)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٥٢٦)، «الاختيار» (٣ / ٩٨ ـ ٩٩)، «فتح القدير» (٣ / ٢٩٤، ٢٩٨ ـ ٣٠١)، «اللباب» (٣ / ٢٤ - ٢٥)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٢٨)، «البحر الرائق» (٣ / ١٣٩ ـ ١٤٣)، «إيثار الإنصاف» (١٣١)، «شرح العيني» (١ / ١٢٥)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٨٤ ـ ٨٦)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٩٥).

(٢) «الأم» (٥ / ١٥)، «مختصر المزني» (١٦٥)، «المهذب» (٢ / ٤٩)، «التنبيه» (ص ١٠٥)، «الوجيز» (٢ / ١٨)، «روضة الطالبين» (٧ / ٨٠ ـ ٨١)، «المجموع» (١٧ / ٢٧٨)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٦٥ ـ ١٦٧، ٢٠٢ ـ ٢٠٣)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٥١)، «السنن الكبرى» (٧ / ١٣٦)، «المهذب» (٢ / ٤٠)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٥٥ / رقم ٢٠٦)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٠٩)، «تحفة الطلاب» (٢ / ٢٥٣)، «الإقناع» (٢ / ٨٢).

(٣) «حلية العلماء» (٦ / ٣٥١ ـ ٣٥٢)، «السنن الكبرى» (٧ / ١٣٦)، «المهذب» (٢ / ٤٠).

(٤) أخرجه البخاري في «التاريخ الكبير» (٩ / ٢٠٦)، وأبو داود في «المراسيل» (٢٢٤)، والترمذي في «الجامع» (رقم ١٠٨٥)، والدولابي في «الكنى» (١ / ٢٥)، والدوري في «تاريخ ابن معين» (٣ / ٤٠ - ٤١)، وأبو أحمد الحاكم في «الأسامي والكنى» (٤ / ٦٠ رقم ١٧١٨)، والطبراني في «الكبير» (٢٢ / ٧٦٢)، والبيهقي (٧ / ٨٢)، وابن الأثير في «أسد الغابة» (٥ / ١٦٥)، والذهبي في «السير» (١٦ / ١١٨)، والمزي في «تهذيب الكمال» (١٦ / ٢٤٨ ـ ٢٤٩) من حديث أبي حاتم المزني.
والحديث حسن. وانظر: «العلل» للترمذي (١٥٤)، «الإرواء» (١٨٦٨).

(٥) ما قرره المصنف قوي ووجيه، ويثبت خيار الفسخ بكل عيب ينفر من كمال الاستمتاع، ولا يحصل=

مسألة ١١٤٤

مهر المثل ليس من شرط الأكفاء[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢]؛ لأن كل من لم يكن له اعتراض في جنس المهر؛ فكذٰلك في مقداره؛ كالأجانب، ولأن كل عوض عليها في جنسه؛ فكذٰلك في قدره، كالأثمان في البيوع، ولأنه عقد على معاوضة فلم يكن عليه اعتراض في قدره؛ كإجارتها نفسها للخدمة[٣].

مسألة ١١٤٥

إذا أذنت لوليين فزوَّجاها ثم علم الأول بعد دخول الثاني ثبت عقد الثاني وانفسخ عقد الأول[٤]، وقال أبو حنيفة[٥] والشافعي[٦]: عقد الأول ثابت على كل

= به مقصود النكاح من الرحمة والمودة، والله أعلم.
انظر: «الاختيارات الفقهية» (ص ٣٨٠)، «زاد المعاد» (٥ / ١٨١ ـ ١٨٤).

(١) «التفريع» (٢ / ٥٠)، «الكافي» (٢٥٠ ـ ٢٥١)، «مقدمات ابن رشد» (١ / ٤٧٦)، «المعونة» (٢ / ٧٥٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٠)، «معين الحكام» (١ / ٢٥٢).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٨٤)، «القدوري» (٦٩)، «المبسوط» (٤ / ٢٢٤)، «اللباب» (٣ / ١٣)، «شرح العيني» (١ / ١٢١)، «رؤوس المسائل» (٣٧٧).

(٣) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وبركة المرأة في تقليل مهرها لا في مهر مثيلاتها، ولا سيما في هٰذه الأزمنة، قال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢ / ١٩٢ ـ ١٩٤): «فمن دعته نفسه إلى أن يزيد صداق ابنته على صداق بنات رسول الله ﷺ اللواتي هن خير خلق الله في كل فضيلة، وهن أفضل نساء العالمين في كل صفة؛ فهو جاهل أحمق، وكذٰلك صداق أمهات المؤمنين، وهٰذا مع القدرة واليسار، فأما الفقير ونحوه؛ فلا ينبغي له أن يصدق المرأة ما لا يقدر على وفائه من غير مشقة».

(٤) «المدونة» (٢ / ١٤٤ ـ ١٤٥)، «التفريع» (٢ / ٣٥)، «الرسالة» (١٩٧)، «الكافي» (٢٣٣ ـ ٢٣٤)، «المعونة» (٢ / ٧٣٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٧)، «الخرشي» (٣ / ١٩١)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٣٤ ـ ٣٥)، «مواهب الجليل» (٢ / ١٤).

(٥) «مختصر الطحاوي» (١٧٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٥٣ / رقم ٧١٨ب)، «الاختيار» (٣ / ٩٧)، «فتح القدير» (٣ / ٢٦٨ ـ ٢٦٩)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١١٩).

(٦) «الأم» (٥ / ١٦ ـ ١٧)، «مختصر المزني» (١٦٥)، «السنن الكبرى» للبيهقي (٧ / ١٤٠ ـ ١٤١)، «روضة الطالبين» (٧ / ٨٨ ـ ٨٩)، «تكملة المجموع» (١٧ / ٢٨٧)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٦٠ ـ ١٦١)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٥٧)، «أسنى المطالب» (٣ / ١٤١).

حال.

ودليلنا أنه إجماع الصحابة لأنه مروي عن عمر والحسن ومعاوية[١]، وذكره بعض أصحابنا عن علي رضي الله عنه، فأما حديث عمر؛ فروي أنه قضى في الوليين يُنْكِحان المرأة ولا يعلم أحدهما بصاحبه أنها للذي دخل بها، فإن لم يدخل بها أحدهما؛ فهي للأول[٢].

وروي أن موسى بن طلحة أنكح يزيد[٣] بن معاوية أخته فاطمة بنت طلحة وأنكحها يعقوب بن طلحة الحسن بن علي؛ فلم يمكث إلا ليلتين حتى جمعها الحسن، وكان موسى أنكحها لزيد قبل أن ينكحها يعقوب، فقال معاوية: امرأة جمعها زوجها فدعوها[٤]. ولا يصح ما يذكرونه عن علي[٥] من خلاف ذلك، ولو صح لحملناه على أنه رجع عنه إلى الرواية الأخرى[٦]، ولأن المرأة لما كانت مضطرة إلى الإذن لوليها في العقد عليها لأنها لا يجوز لها العقد بنفسها، واتفق على

= وهذا مذهب الحنابلة أيضاً.

انظر: «المغني» (٩ / ٤٢٨ و٧ / ٤٠٦ ـ مع «الشرح الكبير»)، «الإنصاف» (٨ / ٨٨ ـ ٩٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٧٤)، «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢ / ٩٥ ـ ٩٦)، «تقرير القواعد» (٣ / ٢١٠ ـ ٢١٥ ـ بتحقيقي)، «كشاف القناع» (٥ / ٥٩)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٤٤).

(١) سيأتي تفصيل ذلك مع تخريجه قريباً.

(٢) «تكملة المجموع» (١٧ / ٢٨٩).

(٣) كذا في مصادر التخريج، وفي الأصل: «زيداً»، وفي المطبوع: «زياد».

(٤) أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٦/ ٢٣١، ٢٣٢ / رقم ١٠٦٣٦، ١٠٦٣٣)، وإسناده لا بأس به.

(٥) يشير إلى ما أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٢٣١ / رقم ١٠٦٢٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ١٤١)؛ عن خِلاس أن امرأة زوجها أولياؤها بالجزيرة من عبيدالله بن الحر، وزوجها أهلها بعد ذلك بالكوفة، فرفعوا ذلك إلى علي رضي الله عنه، ففرق بينها وبين زوجها الآخر، وردها إلى زوجها الأول، وجعل لها صداقها بما أصاب من فرجها، وأمر زوجها الأول أن لا يقربها حتى تنقضي عدتها، وإسناده ضعيف، أهل العلم يضعّفون أحاديث خِلاس عن علي.

وأخرجه ابن أبي شيبة (٣ / ٢٨٠) مختصراً من طريق منصور عن إبراهيم به.

(٦) هذا الرجوع يحتاج إلى نقل ولا أعرفه.

أن لها أن تأذن لواحد ولجماعة، ولا يلزم كل واحد التوقف عن أن يعقد حتى يعلم هل عقد الآخر أم لا، كان كل واحد يعقد على من لا يتحقق أنه لا زوج لها، بل يجوز أن يكون لها زوج، وكذلك[١] المفقود يقدم على من يجوز أن يكون لها زوج مع وجود الأمارة المؤدية لذلك، وهو الإذن للولي الآخر في الإنكاح ووجدنا الأصول مبنيّة على أن عقد الإنسان على من يشك في أن لها زوجًا أم لا مع عدم الأمارة المقتضية للشك ممنوع، وكذلك العقد على من شك في تحريمها عليه، وأنها لا تحل له بذلك العقد شيئًا يمكن حضوره وضبطه، فلولا أن في مسألتنا يثبت النكاح في حكم، وإلا[٢] لم يجز أن يباح للولي إيقاعه ولا للمتزوج استباحته كما أن نكاح المعتدة والمحرمة لما [لم][٣] يكن لها وجه يثبت معه لم يجز الإقدام عليه، وإذا ثبت ذلك لم يبق إلا ترجيحه بالوطء؛ لأن أحدًا لم يرجحه بغيره[٤].

مسألة ١١٤٦

يجوز للولي أن يزوج نفسه من وليته كانت الولاية بنسب أو ولاء أو حكم[٥].

---

(١) في هامش الأصل والمطبوع: «لعل هنا نقصًا أصله: العاقد على زوجة».

(٢) في هامش الأصل والمطبوع: «لعل هنا تحريفًا والأصل: في وجه لم يجز».

(٣) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل.

(٤) وردت أحاديث تقضي بمذهب الجمهور، ولكنها لم تصح، وورد عن السلف في المسألة أقوال أخر. مما يدلل على أن إجماع الصحابة في المسألة لم يتحقق، خلافًا لقول المصنف، كيف والمشهور عن علي خلاف ما قرر المصنف؟!
وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (٦/ ٢٣١ ـ ٢٣٣)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٤/ ١٤٠)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ١٧٤ ـ ١٧٥).
ورجح ابن القيم في «الزاد» (٤/ ٣) مذهب الجمهور، والله أعلم.

(٥) «المدونة» (٢/ ١٤٨ ـ ١٤٩)، «التفريع» (٢/ ٣٢)، «الكافي» (٢٣٤)، «بداية المجتهد» (٢/ ١٧)، «الخرشي» (٣/ ١٩٠)، «معين الحكام» (١/ ٢٥٢).
وهذا مذهب الحنفية.
انظر: «الاختيار» (٣/ ٩٧ ـ ٩٨)، «الهداية» (١/ ١٤٥ ـ ١٤٧)، «فتح القدير» (٣/ ٣٠٥)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٣٢)، «البحر الرائق» (٣/ ١٤٦)، «المبسوط» (٥/ ١٧).

وقال الشافعي: ليس له ذٰلك إلا الإمام الأعلى؛ فله فيه قولان[١].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، ولم يفرق، وقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[٢]، ولأنّ رسول الله ﷺ أعتق صفية وتزوجها[٣]، ولأنه ولي كالإمام، ولأنه عقد على امرأة يجوز له إنكاحها فأشبه عقده عليها من أجنبي[٤].

مسألة ١١٤٧

إذا عرفت المرأة الرجل بصفة مقصودة أو عرفها الرجل فكانت على خلافها ثبت لها الخيار ولم يبطل العقد[٥]، وقال الشافعي في أحد قوليه: يبطل العقد[٦].

فدليلنا أنها صفة لا يفتقر صحة العقد إلى وجودها؛ فلم يبطل النكاح لعدمها

---

(١) «مختصر المزني» (١٦٤ ـ ١٦٥)، «المهذب» (٢ / ٣٨)، «روضة الطالبين» (٧ / ٧١)، «المجموع» (١٧ / ٢٦٩)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٦٣)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٤٢)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٣٣ / رقم ١٩٧).

والمنع هو مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٩ / ٣٧٣ ـ ٣٧٤)، «الإنصاف» (٨ / ٩٦)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٧٥)، «كشاف القناع» (٥ / ٥٧ ـ ٥٨)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٤٢ ـ ٦٤٣)، «تقرير القواعد» (٢ / ٣٨ ـ بتحقيقي).

(٢) مضى تخريجه.

(٣) أخرج البخاري في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب من جعل عتق الأمة صداقها، رقم ٥٠٨٦)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاق أمة ثم يتزوجها، رقم ١٣٦٥) عن أنس رفعه.

(٤) أخرج الدارقطني (٣ / ٢٢٥) من حديث عائشة رفعته: «لا بد في النكاح من أربعة: الولي، والزوج، والشاهدين».

ففرق بين الولي والزوج، وهٰذا دليل المانعين، إلا أن الحديث منكر جداً، فيه أبو الخصيب نافع بن ميسرة، وهو مجهول. وانظر تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٣٤٧٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٤٥، ١٧٥).

(٥) «المدونة» (٢/ ١٦٧ ـ ١٦٩)، «الرسالة» (٢٠٣)، «الكافي» (٢٥٨ ـ ٢٥٩)، «المعونة» (٢/ ٧٧٠).

(٦) «مختصر المزني» (١٧٦ ـ ١٧٨)، «الإقناع» (١٣٨ ـ ١٣٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٤١٤)، «المهذب» (٢ / ٥١).

كتسمية المهر[١].

مسألة ١١٤٨

ينعقد النكاح بلفظ الهبة والبيع وكل لفظ تمليك يقتضي التأبيد دون التوقيت[٢]، وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بلفظين أنكحتك أو زوجتك[٣].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، فخطبها رجل، فقال رسول الله ﷺ: «قد ملكتها بما معك من القرآن»[٤]، ولأنه لفظ تمليك لا يقتضي توقيتاً؛ فأشبه لفظ النكاح والتزويج، ولأنه عقد معاوضة، فجاز أن

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٢) «جامع الأمهات» (ص ٢٥٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤)، «الخرشي» (٣ / ١٧٣)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٤١)، «قوانين الأحكام» (١٦٩)، «حاشية العدوي» (٢ / ٣٥)، «المنتقى» (٣ / ٢٧٦)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢٢٠ ـ ٢٢١)، «الخرشي» (٣ / ١٧٣)، «معين الحكام» (١ / ١٥٣).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «القدوري» (ص ٦٩)، «الاختيار» (٣ / ٨٣)، «المبسوط» (٥ / ٦١)، «بدائع الصنائع» (٢ / ٢٢٩)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ١١٩، ١٧٦)، «فتح القدير» (٣ / ٩٣)، «البناية» (٤ / ١٨)، «تبيين الحقائق» (٢ / ٩٦)، «البحر الرائق» (٣ / ٩١)، «حاشية رد المحتار» (٣ / ١٦، ١٧)، «رؤوس المسائل» (٣٨٠).

(٣) «الأم» (٥ / ٣٧)، «مختصر المزني» (١٦٧)، «روضة الطالبين» (٧ / ٣٦)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٤٠)، «المهذب» (٢ / ٤٢، ١٣٩ ـ ١٤٠)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٣٧ / رقم ٢٠٠)، «المنهاج» (ص ٩٥ ـ ٩٦)، «فتح الباري» (٩ / ٢١٧)، «شرح السنة» (٩ / ١٢٢)، «تكملة المجموع» (١٦ / ٢١٠)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٦٨)، «نهاية المحتاج» (٣ / ١٤٠).
ومذهب الحنابلة: لا ينعقد إلا بلفظي الإنكاح والتزويج، أو معناهما الخاص في حق من لم يحسن اللفظية.
انظر: «المغني» (٩ / ٤٦٠ ـ ٤٦١)، «الإنصاف» (٧ / ٤٥، ٤٨)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٦٩ ـ ١٧٠)، «كشاف القناع» (٥ / ٣٧)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٣١ ـ ٦٣٢)، «تقرير القواعد» (١ / ٦٥ ـ بتحقيقي).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الوكالة، باب وكالة الامرأة الإمام في النكاح، رقم ٢٣١٠).

ينعقد بأكثر من لفظين؛ كالبيع[1].

مسألة ١١٤٩

لا يجوز الجمع بين أكثر من أربع نسوة[2]، ولولا أن هٰذا قد ذكر في الخلاف لما كان يجب أن نذكره[3]، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء:

---

(١) التزام لفظ معين في عقد النكاح أو غيره من العقود، لم يرد به حديث ولا أثر، ولم ينقل عن أحد من الصحابة أو التابعين أنه عيَّن صيغة معينة من الألفاظ أو غيرها لإجراء تلك العقود بينهم، بل يرجع في هٰذه العقود إلى العرف، فما سموه نكاحاً فهو نكاح.

وقد ظن بعض الناس أن المراد بما في «صحيح مسلم» من حديث جابر المشهور الطويل في الحج: «فاتقوا الله في النساء؛ فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله» ظنوا أن «كلمة الله» هي قوله: أنكحتك وزوجتك، وليس كذٰلك؛ فإن هٰذا ليس كلام الله، بل هٰذا كلام المخلوقين، وهو مخلوق، وكلام الله غير مخلوق، وإنما كلمته ما تكلم به، وهو شرعه وإباحته وإذنه في ذٰلك.
أفاده ابن تيمية.

انظر: «الفتاوى المصرية» (٣/ ٢٧٠ ـ ٢٧٢)، «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ١٥، ١٣٣)، «الاختيارات الفقهية» (ص ٤٣٨)، «ترجيحات شيخ الإسلام ابن تيمية في النكاح» (ص ٨٧ ـ ١٠٥)، «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٢/ ٥٩٣ ـ ٥٩٧).

(٢) «المعونة» (٢ / ٨٠٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٥)، «فصول الأحكام» (٢٣٠)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٣١٥)، «الموافقات» (٣ / ٨٢ ـ بتحقيقي)، «الاعتصام» (٢ / ٥٢٥ ـ ط دار ابن عفان).

(٣) قال القفال في «حلية العلماء» (٦ / ٣٩٥): «وحكي عن القاسمية وطائفة من الزيدية أنه يحل له نكاح تسع»، وقال الدسوقي في «حاشيته» (٤ / ٣١٥): «ولا التفات عمن زعم جوازها من الخوارج».

وقال القرطبي في «تفسيره» (٥ / ١٧): «اعلم أن هٰذا العدد مثنى وثلاث ورباع لا يدل على إباحة تسع، كما قاله مَنْ بَعُدَ فهمُه للكتاب والسنة، وأعرض عما كان عليه سلف هٰذه الأمة، وزعم أن الواو جامعة، وعضد ذٰلك بأن النبي ﷺ نكح تسعاً وجمع بينهن في عصمته، والذي صار إلى هٰذه الجهالة، وقال هٰذه المقالة الرافضة وبعض أهل الظاهر؛ فجعلوا مثنى مثل اثنين وكذٰلك ثلاث ورباع، وذهب بعض أهل الظاهر أيضاً إلى أقبح منها فقالوا بإباحة الجمع بين ثمان عشرة تمسكاً منه بأن العدل في تلك الصيغ يفيد التكرار والواو للجمع فجعل مثنى بمعنى اثنين اثنين، وكذٰلك ثلاث ورباع، وهٰذا كله جهل باللسان والسنة، ومخالفه لإجماع الأمة؛ إذ لم يسمع عن أحد من الصحابة ولا التابعين أنه جمع في عصمته أكثر من أربع» انتهى.

٣]، وقوله ﷺ لغيلان وعنده عشرة نسوة: «اختر أربعاً»[(١)]. وروي أن نوفل بن معاوية أسلم وتحته خمس، فقال له النبي ﷺ: «فارق إحداهن»[(٢)].

مسألة ١١٥٠

للعبد أن يجمع بين أربع[(٣)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٤)] والشافعي[(٥)]؛ لقوله تعالى:

---

(١) أخرجه الشافعي (٢ / ١٦)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٤ / ٣١٧، ١٤ / ٢١٦) وفي «مسنده» ـ كما في «إتحاف الخيرة المهرة» (٥ / ١٣) ـ، وأحمد في «المسند» (٢ / ١٣ ـ ١٤، ٨٣)، والترمذي في «الجامع» (١١٢٨) وفي «العلل الكبير» (٢٨٣) له، وابن ماجه في «السنن»(١٩٥٣)، وأبو يعلى (٩ / ٣٢٥)، وعبد بن حميد في «مسنديهما» ـ كما في «إتحاف الخيرة» (٥ / ١٣) ـ، وابن حبان في «صحيحه» (٤١٥٦ ـ ٤١٥٨)، والطبراني في «الكبير» (١٣٢٢١) و «مسند الشاميين» (١٢٤٩)، وابن عدي في «الكامل» (١ / ١٨٢)، والدارقطني في «السنن» (٣ / ٢٦٩ ـ ٢٧٠)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ١٩٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ١٤٩، ١٨١ ـ ١٨٢)، والبغوي في «شرح السنة» (٢٢٨٨)، وابن عبدالبر (١٢ / ٥٤ – ٥٥)، وابن الجوزي في «التحقيق» (رقم ١٦٥١) من حديث ابن عمر.

والحديث صحيح.

انظر: «التلخيص الحبير» (٣ / ١٩٢ – ١٩٤)، «الإرواء» (٦ / ٢٩١ – ٢٩٤)، تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٣٦٢٢ـ٣٦٢٨، ٣٦٣٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ١٨٤)، «المعرفة» (٥ / ٣١٦). وإسناده ضعيف.

والراجح المنع، وهو مذهب أهل السنة، وانظر هل يقام الحد على من فعل ذلك في «العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة» (٢ / ٩٨ ـ ٩٩).

(٣) «المدونة» (٢ / ١٦٣)، «الرسالة» (١٩٩)، «الكافي» (٢٤٥)، «المعونة» (٢ / ٧٤٣)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٠)، «الخرشي» (٣ / ٢١٠).

وهذا مذهب داود الظاهري. انظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٧٦)، «المحلى» (٩ / ٤٤١).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٧٦)، «اللباب» (٣ / ٢٣)، «الآثار» (٨٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٠٨ / رقم ٨٠١)، «الاختيار» (٣ / ٨٦)، «فتح القدير» (٣ / ٢٤٠)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٣١)، «البحر الرائق» (٣ / ١١٣، ٢٤١).

(٥) «الأم» (٥ / ٤١)، «مختصر المزني» (١٦٨)، «المجموع» (١٧ / ٣٤٩)، «روضة الطالبين» (٧ / ١٦٣)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٨١)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٩٦).

وهذا مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٩ / ٤٧٢)، «الإنصاف» (٨ / ١٣١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٧٦)، «كشاف القناع» (٥ / ٨١)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٥٩).

﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣]؛ فعم، ولأنه يجوز له الجمع بين اثنتين؛ فجاز بين أربع؛ كالحر، ولأن[1] كل عدد جاز للحر الجمع بينه جاز للعبد؛ كالاثنتين، ولأن طريقه الملاذ[2] فاستوى الحر والعبد فيه، فلم ينقص العبد فيه عن الحر كالأكل واللباس، ولأنه نوع جمع منه ما يحل في النكاح، ومنه ما يحرم، فجاز أن يحل للعبد منه ما يحل للحر، أصله الجمع بين الأقارب وذوات المحارم، ولأنه نوع جمع يحرم على العبد منه ما يحرم على الحر، فجاز أن يحل له ما يحل للحر منه، أصله ما ذكرناه[3].

مسألة ١١٥١

إذا بانت المرأة من الرجل جاز له العقد على أختها وعلى كل من يحرم عليه الجمع بينها وبينها وإن لم تخرج من العدة[4]، خلافاً لأبي حنيفة[5]؛ لأنها أجنبية منه

---

(١) في الأصل: «ولأنه».

(٢) لعلها: «الملاء».

(٣) أخرج الدارقطني في «السنن» (٣ / ٣٠٨) عن عمر؛ قال: «ينكح العبد امرأتين»، وقال الحكم: «أجمع أصحاب رسول الله ﷺ أن العبد لا ينكح أكثر من امرأتين»، وهذا لم يصح، قال محمد بن عبدالهادي في «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٧٧): «قال أئمة الجرح والتعديل: ليس لهذا الحديث سند يروى».
وما لم تصح هذه الآثار؛ فإن الحر والعبد في ذلك سواء، والله أعلم.

(٤) «الرسالة» (٢٠٣ ـ ٢٠٤)، «الكافي» (٢٤١)، «المعونة» (٢ / ٨١٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٥٦)، «الخرشي» (٣ / ٢١٢).
وهذا مذهب الشافعية.
انظر: «المهذب» (٢ / ٤٤)، «المجموع» (١٧ / ٣٢٩)، «روضة الطالبين» (٧ / ١١٧، ١٢١)، «الحاوي الكبير» (٩ / ١٧٠ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٨٢).

(٥) «مختصر الطحاوي» (١٧٦، ١٧٧)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ١٨٨)، «القدوري» (٦٨)، «المبسوط» (٥ / ٢٠٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٤٢ / رقم ٨٣٥)، «الاختيار» (٣ / ٨٦)، «فتح القدير» (٣ / ٢٢٥)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٠٨)، «البحر الرائق» (٣ / ١٠٩)، «إيثار الإنصاف» (١٣٨)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٩٢ ـ ٩٤)، «رؤوس المسائل» (٣٨٦).
وهذا مذهب الحنابلة.

بدليل انتفاء الموارثة بينهما ولحوق الطلاق بها، وأنها لا نفقة لها ولا يلحقها إيلاء ولا ظهار؛ فكانت كالخارجة من العدة، ولأنه نوع من البينونة؛ فوجب أن يرتفع به عن الزوج كل جمع حرم بعقد النكاح، أصله الطلاق قبل الدخول أو نقول؛ فجاز معه تزويج الأخت أو خامسة سواء، أصله ما ذكرنا، ولأنها حال لا يلحقها منه طلاقه؛ فجاز له العقد على أختها، أصله لو ارتدت أو ماتت[1].

مسألة ١١٥٢

إذا زنت المرأة لم ينفسخ النكاح[2]، خلافاً لما يحكى عن الحسن[3]؛ لقوله ﷺ للسائل وقال له إن امرأته لا ترد يد لامس فقال: «طلقها». فقال: إني أحبها. فقال: «أمسكها»[4]، ولأن كل معنى لو أقر به الزوج لم ينفسخ نكاحه؛ فكذلك إذا

= انظر: «المغني» (٩ / ٤٧٧)، «الإنصاف» (٨ / ١٣٤)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٧٧)، «كشاف القناع» (٥ / ٧٦، ١٥٢)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٥٧)، «تقرير القواعد» (٣ / ٨٨ ـ بتحقيقي).

(١) لا يوجد نص صريح في المنع من الزواج، وما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٢) «المعونة» (٢ / ٧٩٥)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٣، ٢٦٤).

(٣) قال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٦٨): «وروي عن علي في رجل تزوج امرأة فزنى قبل أن يدخل بها أنه يفرق بينهما، وهو قول الحسن وإبراهيم، قال إبراهيم: ولا صداق عليها».
وأسنده عن علي: محمد بن الحسن في «الآثار» (٢ / ٨٩ ـ «جامع المسانيد»)، وعنه وعن الحسن وإبراهيم النخعي: ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤ / ٢٦٣ ـ ٢٦٥).
وحكاه العيني في «البناية» (٤ / ٩٧) عن جابر بن عبدالله وعلي والحسن، ونسبه ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٤٧٨) للحسن وطاوس والنخعي وحماد بن أبي سليمان، وحكاه في «نوادر الفقهاء» (ص ٨٠ ـ ٨١) عن الحسن وإبراهيم النخعي.
وانظر: «الحاوي الكبير» (١١ / ٢٥٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٧٧)، «اختلاف العلماء» (ص ١٦٨)، «المغني» (٦ / ٦٠٣)، «تكملة المجموع» (١٦ / ٢٢٣)، «موسوعة إبراهيم النخعي» (٢ / ٣٢٧)، «موسوعة الحسن البصري» (٢ / ٥٠٠).

(٤) أخرجه الطبراني ومطين وابن قانع وابن منده ـ كما في «الإصابة» (٦ / ٥٤٦) ـ، وأبو الشيخ في «الجزء فيه أحاديث أبي الزبير عن غير جابر» (رقم ٣٣، ٣٤)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (رقم ٦٥٤٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ١٥٥)، والبغوي في «شرح السنة» (٩ / ٢٧٨)، وابن =

ثبت بغير إقراره، أصله إذا أقر بأنها كانت زوجة أخيه أو أمة لأبيه ولم يمسها، عكسه إذا أقر بأنها كانت زوجة لأبيه[١].

مسألة ١١٥٣

يكره التزويج بالزانية المشهورة بذلك ويجوز بعد الاستبراء من الزاني وغيره[٢]، خلافاً لمن منعه[٣]؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]، ولأنه وطء لم يحرم الموطوءة من الواطىء؛ كوطء الشبهة[٤].

مسألة ١١٥٤

لا يجوز تزويج الزانية إلا بعد الاستبراء، وإن حملت؛ فحتى تضع

= عساكر في «تاريخ دمشق» (٤ / ٢٨٧ ـ ٢٨٨)؛ من حديث هشام مولى رسول الله ﷺ به، وجعله البيهقي والبغوي وأبو الشيخ من حديث جابر بن عبدالله.

والحديث صحيح، له شاهد من حديث ابن عباس عند أبي داود في «السنن» (رقم ٢٠٤٩) وغيره.

انظر: «العلل» (١ / ٤٣٣) لابن أبي حاتم، «الإصابة» (٦ / ٥٤٦)، «أسد الغابة» (٥ / ٦٢)، «تجريد أسماء الصحابة» (٢ / ١٢٠)، «مختصر سنن أبي داود» (٣ / ٥ ـ ٦)، «التلخيص الحبير» (٢ / ٢٢٥)، «صحيح سنن أبي داود» (٢ / ٣٨٦).

(١) اتفقوا على أن المرأة المحصنة بالزوج إذا زنت لم يفسخ نكاحها من زوجها. قاله ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢ / ١٢٤)، والفسخ يحتاج إلى دليل.

(٢) «المدونة» (٢ / ١٨٧)، «التفريع» (٢ / ٦٠)، «الكافي» (٢٤٤)، «المعونة» (٢ / ٧٩٥)، «تفسير القرطبي» (١٢ / ١٦٩)، «الشرح الصغير» (١ / ٣٧٩)، «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (١ / ٣٨٠).

(٣) هو قول لبعض الشافعية وللإمام سعيد بن المسيب. قاله الكيا الهراسي في «أحكام القرآن» (٤ / ٢٦١)، وهو قول أبي يوسف؛ كما في «الهداية» (١ / ١٩٤).

وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ٣٧٨)، «تكملة المجموع» (١٦ / ٢٢٠، ٢٢١).

(٤) نكاح الزانية حرام حتى تتوب، سواء كان زنى بها هو أو غيره، وحتى تستبرأ بحيضة، هٰذا هو الصواب بلا ريب.

انظر: «مجموع الفتاوى» (٣٢ / ١٠٩، ١١٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٧٩)، «المغني» (٩ / ٥٦٢ ـ ٥٦٤)، «العلاقات الجنسية غير الشرعية» (١ / ٨٩، ٩٠).

الحمل[١]، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعي[٣]: لا يلزمها استبراء.

فدليلنا قوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر؛ فلا يسقين ماءه زرع غيره»[٤]، ولأنه لا يلحق بالمتزوج؛ فلم يجز له العقد، أصله الحمل الذي يلحق من

---

(١) «المدونة» (٢ / ٢٤٩، ٢٧٨ ـ ط صادر)، «التفريع» (٢ / ٦٠، ١٢٢)، «الكافي» (٢٣٦ ـ ٢٣٨)، «المعونة» (٢ / ٧٩٤)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٦٣)، «الخرشي» (٣ / ١٦٩، ١٧٢)، «حاشية الدسوقي» (٣ / ٤٧١).
ومذهب الحنابلة لا يجوز نكاح الزانية إلا بعد انقضاء عدتها.
انظر: «المغني» (٩ / ٥٦١)، «الإنصاف» (٨ / ١٣٢ و٩ / ٢٩٥)، «المحرر» (٢ / ٢٠٧)، «الفروع» (٥ / ٥٥٠)، «كشاف القناع» (٥ / ٨٢ ـ ٨٣)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٥٨)، «المنح الشافيات» (٢ / ٥٧٦، ٥٧٧).
وهٰذا مذهب أبي يوسف.
انظر: «الهداية» (١ / ١٩٤).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٧٨)، «الجامع الصغير» (١٤٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٢٧ / رقم ٨٢٣)، «الهداية» (١ / ١٩٤)، «الاختيار» (٣ / ٨٧)، «فتح القدير» (٣ / ٢٤١)، «تبيين الحقائق» (٣ / ١١٣)، «البحر الرائق» (٣ / ١١٣)، «إيثار الإنصاف» (١٤٨)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٥٠٣).

(٣) «الإقناع» (١٣٤)، «مختصر المزني» (١٦٨)، «الحاوي الكبير» (١١ / ٢٦١)، «تكملة المجموع» (١٧ / ٣٤٧ـ٣٤٨)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٧٨)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٧٨).

(٤) ورد اللعن في حديث أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب تحريم وطء الحامل المسبية، ٢ / ١٠٦٥)، وأبو داود في «السنن» (كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، ٢ / ٢٤٧ / رقم ٢١٥٦)، والدارمي في «السنن» (٢ / ٢٢٧)، وأحمد في «المسند» (٥ / ١٩٥، ٦ / ٤٤٦)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ١٩٤)؛ عن أبي الدرداء، عن النبي ﷺ: «أنه أتى بامرأةٍ مُجِحٍّ على باب فسطاط، فقال: لعله يريد أن يلم بها؟ فقالوا: نعم. فقال رسول الله ﷺ: «لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه قبره، كيف يورثه وهو لا يحل له؟! كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟!». لفظ مسلم.
والمُجِح؛ بميم مضمومة، ثم جيم مكسورة، ثم حاء مهملة: وهي الحامل التي قربت ولادتها، كما في «شرح النووي» (١٠ / ١٤). والفسطاط: بيت الشعر. ويُلِمُّ بها؛ بضم الياء، وكسر اللام ثم ميم: أي يطأها.
وفي حديث رويفع بن ثابت: «لا يحل لامرىء ـ وفي رواية: من كان ـ يؤمن بالله واليوم الآخر أن ـ وفي الرواية الأخرى: فلا ـ يسقي ماءه زرع غيره»، ومضى تخريجه.

النسب[١].

مسألة ١١٥٥

لا يجوز الجمع بين الأختين في الملك في استباحة الوطء[٢]، خلافاً لداود[٣]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣]؛ فعم، ولأنها صارت فراشاً للرجل؛ فلم يجز له استباحة أختها ما دامت فراشاً كما لو تزوجها، ولأنه أحد طريقي استباحة الوطء؛ كالنكاح[٤].

مسألة ١١٥٦

لا يجوز الجمع بين المرأة وعمتها ولا خالتها[٥]، خلافاً لمن لا يعتد

---

(١) الصحيح أنه لا يجب إلا الاستبراء بحيضة واحدةٍ فقط؛ فهٰذه ليست زوجة يجب عليها العدَّة، وليست أعظم من المستبرأة التي يلحق ولدها سيدها، وتلك لا يجب عليها إلا الاستبراء؛ فهٰذه أولى، وإذا كانت المختلعة لكونها ليست مطلَّقة ليس عليها عدة المطلقة، بل الاستبراء ويسمى الاستبراء عدة؛ فالموطوءة بشبهة أولى، والزانية أولى، والقرآن ليس فيه إيجاب العدَّة بثلاثة قروء إلا على المطلقات، لا على من فارقها زوجُها بغير طلاق، ولا على من وطئت بشبهة، ولا على المزني بها. قاله ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ١١٠، ١١١، ٣٤٠). وانظر: «تهذيب سنن أبي داود» (٣/ ٦١ ـ ٦٢) لابن القيم.

(٢) «المعونة» (٢ / ٨٠٨ ـ ٨٠٩)، «التفريع» (٢ / ٦٤)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٤)، «فصول الأحكام» (٢٣٠)، «التلقين» (١ / ٣٠٨)، «المفهم» (٤ / ١٠١) ـ وفيه: «وأما بملك اليمين؛ فروي عن بعض السلف جوازه، وهو خلاف شاذ استقر الإجماع بعده على خلافه» ـ.

(٣) «فقه داود» (٦٤٧)، «المغني» (٦ / ٥٨٤)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٨٣)، «رحمة الأمة في اختلاف الأئمة» (٢ / ٣٧).

وقد بحث هٰذه المسألة بتفصيل وتأصيل ـ ونقل مذهب داود في الجواز ورد عليه ـ الشيخُ العلامة محمد الأمين الشنقيطي رحمه الله في كتابه «رحلة الحج إلى بيت الله الحرام» (٥٤ ـ ٦٠)؛ فانظره؛ فإنه مفيد.

(٤) ما قرره المصنف هو الصواب، وعليه الدليل. انظر: «زاد المعاد» (٤ / ١١).

(٥) «المدونة» (٢ / ٢٠٣)، «التفريع» (٢ / ٦٣ ـ ٦٤)، «الرسالة» (١٩٨ ـ ١٩٩)، «الكافي» (٢٤٠ ـ ٢٤١)، «المعونة» (٢ / ٨٠٧)، «التلقين» (١ / ٣٠٨)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٤)، «فصول الأحكام» (٢٣٠)، «الموافقات» (٣ / ٨٢ ـ بتحقيقي).

به[(١)]؛ لثبوت السنة بتحريمه[(٢)] وانعقاد الإجماع عليه من أهل الأعصار؛ لأنهما امرأتان لو خلقت كل واحدة ذكراً لم يجز له أن يتزوج الأخرى[(٣)]؛ فلم يجز له الجمع بينهما كالأجنبي.

مسألة ١١٥٧

يجوز الجمع بين المرأة وامرأة أبيها[(٤)]، خلافاً لمن

---

(١) هم الرافضة والشيعة بشرط رضى العمة والخالة.
انظر: «اللمعة الدمشقية» (٥ / ١٨١) ونسب للخوارج، ولعثمان البتي.
قال أبو الفضل العراقي في «طرح التثريب» (٧ / ٣١ - ٣٢) عند حديث: «لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها» ما نصه: «فيه تحريم الجمع في النكاح بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها، وهو مجمع على تحريمه كما حكاه ابن المنذر وابن عبدالبر والنووي وغيرهم، وقال الشافعي رضي الله عنه: هو قول من لقيت من المفتين لا اختلاف بينهم فيما علمته. حكاه عنه البيهقي في «المعرفة» [١٠ / ١٠٦ / رقم ١٣٨٤٩] وقال النووي بعد حكايته إجماع العلماء في ذلك: وقالت طائفة من الخوارج والشيعة: يجوز. وقال أبو العباس القرطبي [في «المفهم» (٤ / ١٠١ - ١٠٢)]: «أجاز الخوارج الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها وخالتها ولا يعتد بخلافهم؛ لأنهم مرقوا من الدين وخرجوا منه، ولأنهم مخالفون للسنة الثابتة في ذلك» انتهى.
وذِكْرُه الأختين هنا سبق قلم؛ فلم يخالف في هذا أحد، وهو منصوص القرآن.
وحكى الشيخ تقي الدين في «شرح العمدة» تحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها عن جمهور الأمة، ولم يعين القائل بمقالته.
وقال ابن حزم: على هذا جمهور الناس إلا عثمان البتي؛ فإنه أباحه».
وعزى القفال في «حلية العلماء» (٦ / ٣٨١) هذا القول للخوارج والرافضة.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، ٩ / ١٦٠ / رقم ٥١٠٩)، ومسلم في «الصحيح» (كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، ٢ / ١٠٢٨ / رقم ١٤٠٨)، والنسائي في «المجتبى» (كتاب النكاح، باب الجمع بين المرأة وعمتها، ٦ / ٩٦)، وأحمد في «المسند» (٢ / ٤٦٥)، والبيهقي في «الكبرى» (٧ / ١٦٥)، وغيرهم؛ عن أبي هريرة رضي الله عنهم.
والحديث متواتر؛ فإنه يروى عن جمع كبير من الصحابة.
انظر: «السنن الكبرى» (٧ / ١٦٦)، و «أحكام القرآن» للجصاص (٢ / ١٣٤).

(٣) انظر في هذه المقالة: «تقرير القواعد» (٣ / ١١٢ - بتحقيقي) لابن رجب، «زاد المعاد» (٤ / ١١).

(٤) «المعونة» (٢ / ٨٠٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٤).

منعه[(١)]؛ للظاهر، ولأنهما أجنبيتان فأشبهت امرأة أخيها ولا يلزم عليه العكس؛ لأنه لا يتصور عليه من الطرفين[(٢)].

مسألة ١١٥٨

تحرم أم المرأة بنفس العقد الصحيح من غير اعتبار بالوطء[(٣)]، وروي عن علي رضي الله عنه أنهن لا يحرمن إلا بالوطء[(٤)].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٢]؛ فلم يشترط وطئاً، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا تزوج الرجل المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها؛ فله أن يتزوج بابنتها وليس له أن يتزوج أمها»[(٥)]، ولأن العقد معنى تصير به المرأة فراشاً، فوجب متى وجد أن تكون أم

---

(١) هو قول ابن أبي ليلى.

انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٠٨ / رقم ٨٠٢)، «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (١٧١)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٨٥).

ونقل عن الحسن ثم عاد عنه. انظر: «فتح الباري» (٩ / ١٥٥).

(٢) القول بجواز الجمع هو الصحيح؛ لأنه قد صح تعليل النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، بقوله ﷺ: «إنكم إذا فعلتم ذٰلك قطعتم أرحامكم»، وامرأة الأب ليست رحماً، ولأنهما امرأتان، لو خلقت كل واحدة ذكراً جاز له أن يتزوَّج الأخرى، فجاز الجمعُ بينهما، والله أعلم.

وانظر: «تقرير القواعد» (٣ / ١١٢ ـ بتحقيقي) لابن رجب.

(٣) «المعونة» (٢ / ٨١٤ ـ ٨١٥)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٣).

(٤) أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٢٧٩)، وابن المنذر في «الأوسط» (٣ / ق ٢١٦ / أ)، وابن جرير في «التفسير» (٤ / ١٢٢)، وابن أبي حاتم في «التفسير» (٣ / ٩١١)، وابن حزم في «المحلى» (٩ / ٥٢٨)، وقال: «هٰذا صحيح عن علي رضي الله عنه».

وذكره ابن قدامة في «المغني» (٦ / ٥٦٩) وابن المنذر في «الإشراف» (٤ / ٩٣) والقفال في «حلية العلماء» (٦ / ٣٧٤).

وهناك رواية أخرى عنه أنها تحرم بنفس العقد، كما عند ابن أبي شيبة (١ / ٢١٢). وانظر: «موسوعة فقه علي» (٥٨٢ ـ ٥٨٣).

(٥) أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (١٠٨٢١ و١٠٨٣٠)، والطبري في «تفسيره» (٤ / ٢٢٢)، =

الزوجة حراماً معه، أصله الوطء[١].

مسألة ١١٥٩

تحرم الربيبة إذا دخل بأمها وإن لم تكن في حجر الزوج[٢]، خلافاً لداود[٣]؛ لقوله ﷺ: «أيما رجل نكح امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه ابنتها»[٤]، ولم يعتبر الحجر، ولأن كل امرأة تحرم عليه إذا كانت في

= والترمذي في «جامعه» (كتاب النكاح، باب ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا؟ رقم ١١١٧)، وابن عدي في «الكامل» (٤ / ١٤٦٩)، والبيهقي (٧ / ١٦٠)؛ من حديث عبدالله بن عمرو. وإسناده ضعيف.

قال الترمذي: «هٰذا حديث لا يصح من قبل إسناده، وإنما رواه ابن لهيعة والمثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب، والمثنى بن الصباح وابن لهيعة يضعَّفان في الحديث».

وانظر: «الإرواء» (١٨٧٩)، «التلخيص الحبير» (٣ / ١٦٦).

ثم تنبهتُ أنه من رواية قتيبة بن سعيد عن ابن لهيعة، وقد مشاها الذهبي في «السير» (٨ / ١٧، ٢٩ و١١ / ٢٠) وغيره؛ لأنه كان يكتب من كتاب عبدالله بن وهب، ثم يسمع ذٰلك من ابن لهيعة، فإسناده يقبل التحسين، وليس للمثنى ذكر عند بعضهم، وروايته مقرونة مع ابن لهيعة!

(١) قال الترمذي في «جامعه» عقب (رقم ١١١٧): «والعمل على هٰذا عند أكثر أهل العلم قالوا: إذا تزوَّج الرجل امرأةً، ثم طلقها قبل أن يدخل بها حلَّ له أن ينكح ابنتها، وإذا تزوَّج الرجل الابنة، فطلقها قبل أن يدخل بها لم يحل له نكاح أمها؛ لقول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق».

(٢) «المعونة» (٢ / ٨١٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٣)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٢)، «الكافي» (٢٤٠ - ٢٤١)، «الخرشي» (٣ / ١٩٧)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ١٩).

(٣) «فقه داود» (٦٤٧)، ومذهبه في «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٧٧ - ١٧٨ / رقم ٦٢٤)، «المغني» (٦ / ٥٦٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٧٥)، «المعونة» (٢ / ٨١٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٣).

وورد هٰذا عن علي.

أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٢٧٨)، وابن حزم في «المحلى» (٩ / ٥٢٩)، وابن أبي حاتم في «التفسير» (٣ / ٩١٢).

وقال ابن كثير في «التفسير» (١ / ٤٧١): «إسناده قوي ثابت»، وبه يفتي شيخنا الألباني، ولذا ذكرتُه في «نوادره» يسر الله إتمامه بخير.

(٤) مضى في المسألة السابقة.

حجره؛ فإنها تحرم وإن لم تكن في حجره كحلائل الأبناء، ولأن الحجر لا تأثير له في التحليل والتحريم بدليل سقوط اعتباره في كل المواضع والظاهر خرج على الغالب[١].

مسألة ١١٦٠

القُبلة واللمس للذَّة كالوطء في باب تحريم الربيبة وكل من يحرم بالصهر[٢]، خلافاً لأحد قولي الشافعي[٣]؛ لأنه نوع من الاستمتاع واللذة بالمباشرة كالوطء.

(فصل): النظر للذة قال ابن القاسم: هو كالقبلة في التحريم للصهر[٤]. وقال غيره: يحتمل وجهين[٥].

فدليلنا على أنه يحرم أنه نوع من الاستمتاع واللذة لا تباح إلا مع العقد، فأشبه القبلة، ووجه النفي أنه التذاذ من غير مباشرة؛ كالفكر.

مسألة ١١٦١

في تحريم المصاهرة بالزنا روايتان:

إحداهما: ثبوته[٦]، وهو قول أبي

---

(١) أي: قيد ﴿فِي حُجُورِكُم﴾ في الآية ليس تشريعياً، وإنما هو للبيان؛ لأن المرأة في الغالب لما تزوَّج ثانيةً يكن لها في حجرها ولد؛ فهو بمثابة ﴿أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾ في تحريم الربا، وبهٰذا يقول جماهير أهل العلم سلفاً وخلفاً، والله أعلم.

(٢) «المعونة» (٢ / ٨١٥)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٣)، «الخرشي» (٣ / ٢٠٩).

(٣) «الأم» (٥ / ٣ ـ ٥)، «مختصر المزني» (١٦٨ ـ ١٦٩)، «الحاوي الكبير» (١١ / ٢٨٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٧٥)، «المهذب» (٢ / ٤٤).

(٤) «المدونة» (٢ / ٢٠٢)، «المعونة» (٢ / ٨١٥ ـ ٨١٦).

(٥) «الكافي» (٢٤٤)، «الرسالة» (١٩٩)، «النظر في أحكام النظر» (ص ٣١٦).

(٦) قال سحنون لابن القاسم: أرأيت إنْ زنى بأم امرأته أو ابنتها أتحرم عليه امرأته في قول مالك؟ قال: قال لنا مالك: يفارقها ولا يقيم عليها، وهٰذا خلاف ما قال لنا مالك في «موطئه»، وأصحابه على ما في «الموطأ» ليس بينهم فيه اختلاف، وهو عندهم: أنه لا يحرم الحلالُ الحرام، وهو ما قاله الشافعي، كذا في «المدونة» (٢ / ٢٠٢)، ومعنى هٰذا أن آخر قولي مالك: أن الزنا تنتشر به حرمة =

حنيفة[١].

والثانية: نفيه، وهو قول الشافعي[٢].

فوجه إثباته أن كل تحريم تعلق بالوطء الحلال تعلق بالحرام كالتحريم في الوطء بشبهة نكاح فاسد، لأنه وطء حرام، ولأنه استمتاع كالحلال، ووجه نفيه ما روي: «لا يحرم الحلال الحرام»[٣]، ولأنه معنى لا يثبت به الفراش على وجه؛ فلم يوجب تحريم المصاهرة؛ كاللواط، ولأنه وطء يتعلق به وجوب الحد كاللواط، ولأن الزنا لا حرمة له في نفسه؛ فلم نسرها إلى غيرها، ألا ترى أنَّ النسب لا يثبت

= المصاهرة. وانظر: «الكافي» (٢٤٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٤)، «الخرشي» (٣ / ٢٠٩) - وفيه: «وعدم النشر به وهو مذهب «الموطأ» و «الرسالة» وعليه الأكثر، بل قيل جميع الأصحاب وشهره ابن عبدالسلام» -.

(١) «المبسوط» (٤ / ٢٠٤)، «الاختيار» (٣ / ٨٨)، «فتح القدير» (٣ / ٢١٩)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٣٨٥)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ١٨٤)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٠٦)، «البحر الرائق» (٣ / ١٠٥)، «إيثار الإنصاف» (١٠٥)، «شرح العيني» (١ / ١١٦)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٥٣) للأسمندي، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٣٢)، «رؤوس المسائل» (٣٨١).
وهٰذا مذهب الحنابلة. انظر: «مسائل أحمد» (١ / ٢٠٩ / رقم ١٠٢٨) لابن هانىء، «المغني» (٩ / ٥٢٦)، «الإنصاف» (٨ / ١٦٦)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٨٠ - ١٨٢)، «كشاف القناع» (٥ / ٧٢)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٥٢)، «تقرير القواعد» (٣ / ١٣٧ - بتحقيقي).

(٢) «الأم» (٥ / ٢٥)، «مختصر المزني» (١٦٩)، «الحاوي الكبير» (١١ / ٢٩٤)، «المهذب» (٢ / ٤٤)، «المجموع» (١٧ / ٣٢٤)، «روضة الطالبين» (٧ / ١١٣)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٧٧)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٣٩ / رقم ٢٠١).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٠١٥)، والدارقطني (٣ / ٢٦٨)، والبيهقي (٧ / ١٦٨) في «سننهم»، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٧ / ١٨٢)، وأبو نعيم في «أخبار أصبهان» (١ / ١٦٣ من حديث ابن عمر مرفوعاً.
وإسناده ضعيف، وفي الباب عن عائشة عند: الدارقطني (٣ / ٢٦٧، ٢٦٨)، وابن عدي (٥ / ١٨٠٨)، والبيهقي (٧ / ١٦٩)، وابن الجوزي في «الواهيات» (١٠٣١)، وإسناده ضعيف جداً، فيه عثمان بن عبدالرحمٰن الوقاصي، تفرد به، وهو متروك، وصححه البيهقي عن علي قوله، وهو عند عبدالرزاق (٧ / ١٩٨) عن عروة بن الزبير، و (٧ / ١٩٩) عن ابن عباس.
وانظر: «العلل» لابن أبي حاتم (١ / ٤١٨)، «فتح الباري» (٩ / ٦٠)، «السلسلة الضعيفة» (٣٨٥)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٨١)، تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٣٦١٧).

به، وهو أقوى من الصّهر.

مسألة ١١٦٢

إذا زنى بامرأة فأتت بابنة كره للزاني بأمها أن يتزوجها ولا تحرم عليه(١)، خلافاً لأبي حنيفة(٢)؛ لقوله ﷺ: «الولد للفراش، وللعاهر الحَجَر»(٣)، فأفاد أنه لا

---

(١) «المدونة» (٢ / ٢٠٢)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٢) ـ وفيه: «ويحرم نكاح الزاني للمخلوقة من مائه. وقال ابن الماجشون: لا يحرم. فقال سحنون: هٰذا خطأ صراح» ـ، «الخرشي» (٣ / ٢٠٩)، «الذخيرة» (٤ / ٢٥٨).
وحكي هٰذا عن الشافعي، وهو في كتب أصحابه، وبعضهم صححه.
انظر: «المهذب» (٢ / ٤٤)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٧٦، ٣٧٩ ـ ٣٨٠)، «تكملة المجموع» (١٦ / ٢١٩ ـ ٢٢١)، «روضة الطالبين» (٧ / ١١٢).
وقال ابن القيم في «الإعلام» (١ / ٤٢ ـ ٤٣ ـ ط محمد محيي الدين): «ومن هٰذا ـ أي من الغلط على الشافعي ـ أنه نص على كراهة تزوّج الرجل ابنته من ماء الزنا، ولم يقل قط إنه مباح ولا جائز، والذي يليق بجلالته وإمامته ومنصبه الذي أجلّه الله به من الدين أن هٰذه الكراهة منه على وجه التحريم».

(٢) «المبسوط» (٤ / ٢٠٦)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٣٨٥)، «فتح القدير» (٣ / ٢١٩)، «إيثار الإنصاف» (١٠٧)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٥١) للأسمندي، «رؤوس المسائل» (٣٨٢).
وهٰذا مذهب أحمد.
انظر: «المغني» (٧ / ٤٨٥).
وقال ابن القيم في «الإعلام» (٣ / ٢٩٩): «وقد نص الإمام أحمد على أنَّ من تزوَّج ابنته من الزنا يقتل». قال: «والشافعي وأحمد ومالك لا يرون خلاف أبي حنيفة فيمن تزوج أمه وابنته أنه يُدرأ عنه الحد بشبهة دارئة للحد». وانظر لزاماً منه: (٢ / ٣١٨ ـ ط محمد محيي الدين).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب البيوع، باب تفسير المشبَّهات، رقم ٢٠٥٣، وكتاب البيوع، باب شراء المملوك من الحربيّ وهبته وعتقه، رقم ٢٢١٨، وكتاب الخصومات، باب دعوى الوصيّ للميت، رقم ٢٤٢١، وكتاب الوصايا، باب قول الموصي لوصيّه: تعاهد ولدي، رقم ٢٧٤٥، وكتاب المغازي، باب منه، رقم ٤٣٠٣، وكتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرَّة كانت أو أمة، رقم ٦٧٤٩، وباب من ادعى أخاً أو ابن أخ، رقم ٦٧٦٥، وكتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، رقم ٦٨١٧، وكتاب الأحكام، باب من قُضي له بحق أخيه فلا يأخذه، رقم ٧١٨٢)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم ١٤٥٧)؛ من حديث سعد بن أبي وقاص.

حكم لفعله لأنها أجنبيه منه، بدليل أن سائر أحكام الولادة المختصة بها من لحوق النسب ووجوب النفقة والولاية في البدن والمال والشهادة لا تثبت في هٰذا الموضع، كذٰلك تحريم النكاح[١].

---

(١) الصواب المقطوع به حرمة تزوج الرجل بابنته من الزنا. قال ابن تيمية رحمه الله: «والذين سوغوا (نكاح البنت من الزنا) حجتهم في ذٰلك أن هٰذه ليست بنتاً في الشرع بدليل أنهما لا يتوارثان ولا تجب نفقتها ولا يلي نكاحها ولا تعتق عليه بالملك ونحو ذٰلك من أحكام النسب، وإذا لم تكن بنتاً في الشرع لم تدخل في آية التحريم، فتبقى داخلة في قوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].
وأما حجة الجمهور؛ فهو أن يقال: قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ...﴾ [النساء: ٢٣] الآية، هو متناول لكل من شمله هٰذا اللفظ، سواء كان حقيقة أو مجازاً، وسواء ثبت في حقه التوارث وغيره من الأحكام أم لم يثبت إلا التحريم خاصة، وليس العموم في آية التحريم كالعموم في آية الفرائض ونحوها؛ كقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، وبيان ذٰلك من ثلاثة أوجه:
الأول: أن آية التحريم تتناول البنت، وبنت الابن، وبنت البنت كما يتناول لفظ: «العمة» عمة الأب والأم والجد، وكذٰلك بنت الأخت وبنت ابن الأخت وبنت بنت الأخت.
ومثل هٰذا العموم لا يثبت في آية الفرائض ولا نحوها من الآيات، والنصوص التي علق فيها الأحكام بالأنساب.
الثاني: أن تحريم النكاح يثبت بمجرد الرضاعة، كما قال النبي ﷺ: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب»، وهٰذا حديث متفق على صحته وعمل الأئمة به؛ فقد حرم الله على المرأة أن تتزوج بطفل غذته من لبنها أو تنكح أولاده، وحرم على أمهاتها وعماتها وخالاتها بل حرم على الطفلة المرتضعة من امرأة أن تتزوج بالفحل صاحب اللبن، وهو الذي وطىء المرأة حتى در اللبن بوطئه، فإذا كان يحرم على الرجل أن ينكح بنته من الرضاع، ولا يثبت في حقها شيء من أحكام النسب سوى التحريم وما يتبعها من الحرمة؛ فكيف يباح له نكاح بنت خلقت من مائه، وأين المخلوقة من مائه من المتغذية بلبن دُرَّ بوطئه؟!
فهٰذا يبين التحريم من جهة عموم الخطاب ومن جهة التنبيه والفحوى، وقياس الأولى.
الثالث: أن الله تعالى قال: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، قال العلماء: احتراز عن ابنه الذي تبناه كما قال: ﴿لِكَىْ لَا يَكُونَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِىٓ أَزْوَٰجِ أَدْعِيَآئِهِمْ إِذَا قَضَوْا۟ مِنْهُنَّ وَطَرًا﴾ [الأحزاب: ٣٧]، ومعلوم أنهم في الجاهلية كانوا يستلحقون ولد الزنا أعظم مما يستلحقون ولد المتبني، فإذا كان الله تعالى قد قيد ذٰلك بقوله: ﴿من أصلابكم﴾ علم أن لفظ =

مسألة ١١٦٣

يجوز نكاح حرائر أهل الكتاب(١)، خلافاً لمن منعه(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ

= «البنات» ونحوها يشمل كل من كان في لغتهم داخلاً في الاسم.
قال ابن تيمية: وأما قول القائل: إنه لا يثبت في حقها الميراث ونحوه، فجوابه: إن النسب تتبعض أحكامه؛ فقد ثبت بعض أحكام النسب دون بعض.
بنت الملاعنة لا تباح للملاعن عند عامة العلماء، وليس فيه إلا نزاع شاذ، مع أن نسبها ينقطع من أبيها، ولٰكن لو استلحقها للحقته، وهما لا يتوارثان باتفاق الأئمة.
وابن الملاعنة ليس بابن لا يرث ولا يورث، وهو ابن في (باب النكاح) تحرم بنت الملاعنة على الأب، وهٰذا لأن النسب تتبعض أحكامه؛ فقد يكون الرجل ابناً في بعض الأحكام دون بعض.
وانظر: «طريقة الخلاف» (٥١ ـ ٥٣).

(١) «المدونة» (٢ / ١٦٤)، «التفريع» (٢ / ٤٥)، «الرسالة» (٢٠٠)، «الكافي» (٢٤٤)، «المعونة» (٢ / ٧٩٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٨).

(٢) أخرج البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢١]، رقم ٥٢٨٥) عن نافع أن ابن عمر كان إذا سئل عن نكاح النصرانية واليهودية، قال: إنَّ الله حرَّم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراك شيئاً أكبر من أن تقول المرأة ربُّها عيسى، وهو عبدٌ من عباد الله.
قال ابن حجر في «الفتح» (٩ / ٤١٧): «وهٰذا مصير منه إلى استمرار حكم عموم آية البقرة، فكأنه يرى أن آية المائدة منسوخة، وبه جزم إبراهيم الحربي، ورده النحاس فحمله على التورع، وذهب الجمهور إلى أن عموم آية البقرة خص بآية المائدة، وهي قوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، فبقي سائر المشركات على أصل التحريم، وعن الشافعي قول آخر أن عموم آية البقرة أريد به خصوص آية المائدة، وأطلق ابن عباس أن آية البقرة منسوخة بآية المائدة، وقد قيل: إن ابن عمر شذ بذٰلك فقال ابن المنذر: «لا يحفظ عن أحد من الأوائل أنه حرم ذٰلك»، لٰكن أخرج ابن أبي شيبة بسند حسن أن عطاء كره نكاح اليهوديات والنصرانيات وقال: كان ذٰلك والمسلمات قليل، وهٰذا ظاهر في أنه خص الإباحة بحال دون حال، وقال أبو عبيد: المسلمون اليوم على الرخصة. وروي عن عمر أنه كان يأمر بالتنزه عنهن من غير أن يحرمهن، وزعم ابن المرابط تبعاً للنحاس وغيره أن هٰذا مراد ابن عمر أيضاً، لٰكنه خلاف ظاهر السياق، لٰكن الذي احتج به ابن عمر يقتضي تخصيص المنع بمن يشرك من أهل الكتاب لا من يوحد، وله أن يحمل آية الحل على من لم يبدل دينه منهم، وقد فصل كثير من العلماء كالشافعية بين من دخل آباؤها في ذٰلك الدين قبل التحريم أو النسخ أو بعد ذٰلك، وهو من جنس مذهب ابن عمر بل يمكن أن يحمل عليه».

ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، ولأن كل جنس أكلت ذبائحهم جازت مناكحتهم؛ كالمسلمين، عكسه المجوس.

مسألة ١١٦٤

لا يجوز نكاح المجوسيات ولا غيرهن من أنواع الشرك الذين لا كتاب لهم[(١)] خلافاً لأبي ثور في إجازته ذلك في المجوس[(٢)]، وهو أحد وجهين للشافعية على قولهم إنهم أهل كتاب[(٣)]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة:

= والمنع مذهب الشيعة الإمامية، ذكره الماوردي في «الحاوي الكبير» (١١ / ٣٠٢)، والقفال في «حلية العلماء» (٦ / ٣٧٦)، وغيرهما.

ونصره عبدالله الغماري في رسالته «دفع الشك والارتياب عن تحريم نساء أهل الكتاب»، وهي مطبوعة.

(١) «المعونة» (٢ / ٨٠٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٨)، «تنوير الحوالك» (١ / ٢٦٤)، «فصول الأحكام» (٢٣٠)، «قوانين الأحكام» (١٧٠)، «تفسير القرطبي» (٥ / ١٤٠).

(٢) «فقه أبي ثور» (٤٦٩) وهو منقول عنه في «المغني» (٦ / ٥٩١)، «المحلى» (١١ / ١٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٨٧)، ونقله صاحب «المغني» أيضاً عن طاوس (٦ / ٥٩٥).

وقال ابن حجر في «الفتح» (٩ / ٤١٧): «ذهب الجمهور إلى تحريم النساء المجوسيات، وجاء عن حذيفة أنه تسرَّى بمجوسية، أخرجه ابن أبي شيبة وأورده أيضاً عن سعيد بن المسيب وطائفة، وبه قال أبو ثور».

قلت: وقوله: «وطائفة» تحريف عن «طاوس»؛ فلتصحح.

واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية في «الفتاوى الكبرى» (٣ / ٩٥) جواز وطء المجوسيات بملك اليمين، وهٰذا مذهب المنقول عنهم الجواز آنفاً، قال القرطبي في «تفسيره» (٥ / ١٤٠): «وقد روي عن طاوس ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار أنهم قالوا: لا بأس بنكاح الأمة المجوسية بملك اليمين». قال: «وهو قول شاذ مهجور، لم يلتفت إليه أحد من فقهاء الأمصار، وقالوا: لا يحل أن يطأها حتى تسلم».

وانظر: «الجامع للاختيارات الفقهية» (٢ / ٥٧٩ ـ ٥٨١).

(٣) «المهذب» (٢ / ٤٥)، «المنهاج» (ص ٩٩)، «توقيف الحكام على غواص الأحكام» للأقفهسي (ق ٧ / أ)، واقتصر فيه على المنع.

٢٢١]؛ فعم، وقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥]؛ فدل أنّ غيرَهن خلافُهن، ولأنهنّ غيرُ متمسكين بكتاب كعبدة الأوثان.

مسألة ١١٦٥

لا يجوز للحر نكاح الأمة إلا لعدم الطول وخشية العنت، والطول صداق الحرة[١]، وقال أبو حنيفة: إذا لم تكن تحته حرة جاز أن يتزوج أمة ولا يراعي صداق الحرة ولا خيفة العنت[٢].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ...﴾ [النساء: ٢٥] الآية؛ ففيه دليلان:

أحدهما: أنه نص على اعتبار خشية العنت ومخالفنا يسقطه.

والآخر: أنه شرط عدم الطول والسعة في المال، يقال: فلان ذو طول أو سعة أو يسار، وقال تعالى: ﴿اسْتَأْذَنَكَ أُولُوا الطَّوْلِ مِنْهُمْ﴾ [التوبة: ٨٦] يريد السعة والمكنة، ولأنه حر مستغن عن استرقاق ولده كالذي تحته حرة[٣].

---

(١) «المدونة» (٢ / ١٦٣)، «التفريع» (٢ / ٤٥)، «الرسالة» (٢٠٠)، «الكافي» (٢٤٤ ـ ٢٤٥)، «المعونة» (٢ / ٧٩٦)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٦)، «معين الحكام» (١ / ٢٥٨)، «تفسير القرطبي» (٥ / ١٣٦).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٥ / ٩)، «مختصر المزني» (ص ١٧٠)، «السنن الكبرى» (٧ / ١٧٣ ـ ١٧٥)، «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ١٢٥)، «المهذب» (٢ / ٤٥ ـ ٤٦)، «روضة الطالبين» (٧ / ١٣٢)، «المنهاج» (ص ٩٨)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٤٢ / رقم ٢٠٢).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٧٨)، «اللباب» (٣ / ٢٣)، «القدوري» (٧١)، «المبسوط» (٥ / ١٠٨)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ١٩٠)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٤٠٦)، «إيثار الإنصاف» (١٤٦)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٨٧ ـ ٨٩)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٨٧).

(٣) الصحيح أنه لا يجوز للحرّ المسلم أن ينكح أمةً مسلمة إلا بالشرطين المنصوص عليهما، والعنت الزِّنى، فإن عدم الطول ولم يخش العنت لم يجز له نكاح الأمة، وكذٰلك إن وجد الطول وخشي العنت، وإنما انحطت الأمة فلم يجز للحر التزوج بها إلا عند الضرورة؛ لأنه تسبب إلى إرقاق الولد، وأن الأمة لا تفرُغ للزوج على الدّوام لأنها مشغولة بخدمة المولى. قاله القرطبي في «تفسيره» =

مسألة ١١٦٦

إذا عدم الطول وخشي العنت فتزوج أمة ثم وجد الطول لم ينفسخ النكاح[(١)]، خلافاً للمزني[(٢)]؛ لأن المال لا يتأبد، لأنه غاد ورائح، وكل معنى لا يتأبد؛ فإنه إذا منع ابتداء النكاح لم يمنع استدامته، أصله العدة والإحرام، ولأنه شرط في جواز نكاح الأمة؛ فلم ينفسخ العقد بارتفاعه، أصله خشية العنت[(٣)].

مسألة ١١٦٧

وللحر أن يتزوج أربعاً من الإماء إذا عدم الطول وخاف العنت[(٤)]، خلافاً للشافعي في قوله: ليس له أن يتزوج إلا أمة

= (٥ / ١٣٨، ١٤١).

وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (٧ / ٢٦٤)، «المحلى» (٧ / ٥٤)، «إعلام الموقعين» (٢ / ٣٠٦، ٣٢١ و٣ / ١٦٤ ـ ط محمد محيي الدين).

(١) «المعونة» (٢ / ٧٩٧).

(٢) «مختصر المزني» (١٧٠)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٩١)، «المهذب» (٢ / ٤٦).

(٣) نقل الماوردي قول المزني في «الحاوي» (١١ / ٣٣٢) ولم يرتضه، وتعقبه بقوله: «هٰذا خطأ لقول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ...﴾ الآية [النور: ٣٢]، فندب إلى النكاح لأنه قد يفضي إلى الغنى بعد الفقر، لم يجز أن يكون الغنى الموعود به في الزواج موجباً لبطلان النكاح، ولا عدم الطول شرطاً في نكاح الأمة، كما أن خوف العنت شرط في نكاحها، فلما لم يبطل نكاحها إذا زال العنت لم يبطل إذا وجد الطول بالمال غير مراد للبقاء والاستدامة لأنه يراد للإنفاق لا للبقاء، وما لم يراد للبقاء إذا كان شرطاً في ابتداء العقد لم يكن شرطاً في استدامته كالإحرام والعدة؛ فإنه لو تزوجها وهي محرمة أو معتدة بطل نكاحها، ولو طرأ الإحرام أو العدة بعد العقد لم يبطل ولما كانت الردة والرضاع يرادان للاستدامة؛ لأن الردة دين تعتقده المرتدة للدوام وكان ذٰلك شرطاً في الابتداء والاستدامة كالإحرام والعدة، فأما استدلال المزني بالآية فيقتضي كون ماتضمنها من الشرط في ابتداء العقد دون استدامته وما ذكره من الاستدلال بأن زوال العلة موجب لزوال حكمهافاسد بخوف العنت».

(٤) «المدونة» (٢ / ١٦٣)، «التفريع» (٢ / ٤٥)، «الرسالة» (٢٠٠)، «المعونة» (٢ / ٧٩٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٧)، «تفسير القرطبي» (٥ / ١٣٩) ـ وفيه: «وبه قال مالك وأبو حنيفة وابن شهاب الزهري والحارث العُكْلي» ـ.

واحدة[١]؛ لقوله تعالى: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: ٢٥]؛ فعم، ولأنهن جنس أبيح نكاحهن فجاز الجمع بين أربع منهم؛ كالحرائر[٢].

مسألة ١١٦٨

وللعبد أن يتزوج أمة وإن كان تحته حرة[٣]، وقال عبدالملك: لا يجوز[٤]، وهو قول أبي حنيفة[٥].

ودليلنا أنها مساوية في الحرمة؛ فلم يكن وجود نكاح غيرها مانعاً من نكاحها؛ كالحرة مع الحرة[٦].

مسألة ١١٦٩

لا يجوز للحر ولا للعبد أن ينكح الأمة الكتابية[٧]، خلافاً لأبي حنيفة[٨]؛

---

(١) «الأم» (٥ / ١٠ ـ ١١)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٩٢).
وبه قال أبو ثور وأحمد وإسحاق وهو قول ابن عباس ومسروق وجماعة. قاله القرطبي في «تفسيره» (٥ / ١٣٠)، وقال حماد بن أبي سليمان: ليس له أن ينكح من الإماء أكثر من اثنتين. قاله القرطبي أيضاً.

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٣) «المدونة» (٢ / ١٦٤)، «التفريع» (٢ / ٤٦)، «الكافي» (٢٤٥)، «المعونة» (٢ / ٧٩٨ ـ ٧٩٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٧)، «معين الحكام» (١ / ٢٥٩).

(٤) حكى المصنف في «المعونة» (٢ / ٧٩٩) الجواز رواية واحدة.

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٠٥ ـ ٣٠٦)، «شرح العيني» (١ / ١٣٢). وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ٣٩٢).

(٦) الصحيح الجواز للعبد على الإطلاق؛ لنقصه بالرق؛ فلا عار عليه في استرقاق ولده؛ لأن ذلك ليس بأكثر من رق نفسه، والحر ممنوع منه لحرمته؛ فليس له استرقاق ولده مع الاستغناء عنه. قاله المصنف في «المعونة» (٢ / ٧٩٧).

(٧) «المدونة» (٢ / ١٦٤)، «التفريع» (٢ / ٤٥)، «الرسالة» (١٩٩)، «الكافي» (٢٤٣)، «المعونة» (٢ / ٧٩٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٨)، «فصول الأحكام» (٢٣٠)، «تفسير القرطبي» (٥ / ١٤٠).

(٨) «مختصر الطحاوي» (١٧٨)، «اللباب» (٣ / ٨)، «القدوري» (ص ٧١)، «مختصر اختلاف =

لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]، وقوله تعالى: ﴿مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥]، فشرط فيهن الإيمان، فانتفى الجواز مع عدمه، ولأن الإيمان شرط منصوص عليه في جواز نكاح الأمة؛ فوجب اعتباره، أصله عدم الطول وخشية العنت، ولأن تجويزه يؤدي إلى أحد أمرين ممنوعين، وهما:

- أن يكون ولده مملوكاً للكتابي.
- أو يباع عليه ولا يبقى على ملكه.

فكلاهما غير جائز، ولأن في الأمة الكتابية نقْصَين يؤثران في منع النكاح وهما الكفر والرق، فإن اجتماعهما في المرأة مانع من نكاحها كالمجوسية، ولأنها أمة كافرة كالمجوسية[1].

مسألة ١١٧٠

لا فرق بين الحر والعبد في ذٰلك[2]، خلافاً لبعض

= العلماء» (٢ / ٣٠٦ / رقم ٧٩٨)، «المبسوط» (٤ / ١٩٧)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ١٩٠)، «الجوهر النقي» (٧ / ١٧٧)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٤١٤)، «شرح العيني» (١ / ١٣٣)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٨٨).

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو مذهب جماهير أهل العلم؛ فصفة ﴿الْمُؤْمِنَاتِ﴾ مشترطة عند مالك وأصحابه والشافعي وأصحابه والثوري والأوزاعي والحسن البصري والزهري ومكحول ومجاهد، أما أهل الرأي؛ فقال ابن عبدالبر: «لا أعلم لهم سَلَفاً في قولهم؛ إلا أبا ميسرة عمرو بن شُرحبيل؛ فإنه قال: إماء أهل الكتاب بمنزلة الحرائر منهن، وقال أشهب في «المدونة»: جائز للعبد المسلم أن يتزوَّج أمة كتابية».
انظر ما يؤيّد ذٰلك في: «تفسير القرطبي» (٥ / ١٤٠)، «الأم» (٥ / ٩)، «مختصر المزني» (١٧٠)، «المهذب» (٢ / ٤٥ ـ ٤٦)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٤٣ / رقم ٢٠٢)، «السنن الكبرى» (٧ / ١٧٤ ـ ١٧٦)، «مصنف عبدالرزاق» (٧ / ٢٦٤)، «المحلى» (٧ / ٥٤)، «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ١٢٥).

(٢) «المعونة» (٢ / ٨٠٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٨)، «التفريع» (٢ / ٤٥)، «الرسالة» (١٩٩)، «الكافي» (٢٤٣)، «فصول الأحكام» (٢٣٠)، «تفسير القرطبي» (٥ / ١٤٠).
وفرق أشهب بينهما؛ فجوز للعبد أن يتزوج الأمة الكتابية. انظر: «تفسير القرطبي» (٥ / ١٤٠).

الشافعية[١]؛ لأن كل امرأة لم يجز للحر نكاحها بحال، فكذٰلك العبد، أصله الحرة المجوسية والوثنية.

مسألة ١١٧١

لا يجوز للأب أن يتزوج أمة ولده[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣]؛ لأن له شبهة في ماله؛ فكان كمن تزوج أمة نفسه، ولأن كل أمة لو وطئها عالماً فحملت صارت أم ولد له لا يجوز له أن يتزوجها كأمة عبده ولأن كل أمة لو وطئها عالماً فحملت صارت أم ولده فلا يجوز له التزويج بها؛ كأمة نفسه.

مسألة ١١٧٢

إذا خطب رجل امرأة فأنعمت له أو وليها وحصل منهما على وعد وثقة وتراكن

---

(١) هو قول بعض العراقيين من الشافعية، قاله الماوردي في «الحاوي» (١١ / ٣٣٥) ونص كلامه: «وفرق بعض العراقيين بين الحُرِّ والعبد؛ فجوز للعبد أن ينكح الأمة الكتابية، ولم يجوزه للحر؛ لأن العبد قد ساواها في نقص الرق، واختصت معه بنقص الكفر؛ فلم يمنعه النقصين، وخالف نكاح الحر المسلم للأمة الكتابية لاختصاصها معه بنقصين».

وتعقبه بقوله (١١ / ٣٣٦): «وهٰذا خطأ؛ لأن اجتماع النقصين فيها يمنع من جواز نكاحها، كالوثنية الحرة لا ينكحها حر ولا عبد؛ لاجتماع النقصين، فاستوى في تحريمها بهما من ساواهما في أحدهما أو خالفهما فيهما، فإن أراد كتابي أن ينكح هٰذه الأمة الكتابية ودعا حاكمنا إلى نكاحها به؛ ففي جوازه وجهان:

أحدها: أن يزوجه بها لأنها قد صارت باجتماع النقصين محرمة عندنا.

والوجه الثاني: يجوز لاستوائهما في النقص كما يجوز أن يزوج وثنياً وثنية».

وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ٣٨٩).

(٢) «المعونة» (٢ / ٨٠١)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٦).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «المهذب» (٢ / ٤٦)، «روضة الطالبين» (٧ / ٢٠٨)، «المنهاج» (ص ١٠١)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٢٦، ٣٢٧).

(٣) «المبسوط» (٥ / ١٢٢)، «تحفة الفقهاء» (١ / ١٣٠)، «إيثار الإنصاف» (١٠٨)، «شرح العيني» (١ / ١٣٢)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٥٥ ـ ٥٨)، «رؤوس المسائل» (٣٨٤).

ولم يبق بعد إلا العقد أو ما قرب منه لم يجز لغيره أن يخطبها، فإن خطبها وعقد له؛ فالنكاح فاسد على ظاهر المذهب[(١)].

وللشافعي في تحريم الخطبة في هٰذه الحال قولان[(٢)] وفي العقد إذا وقع قول واحد: أنه لا يفسخ[(٣)].

فدليلنا على التحريم نهيه ﷺ أن يخطب الرجل على خطبة أخيه[(٤)]، ولأن في ذٰلك ذريعة إلى الإفساد على الناس والإضرار بهم؛ فوجب منعهم.

فدليلنا على فساد العقد الخبر والنهي يقتضي الفساد وما ذكرناه من الإضرار؛ فيجب حسم الباب بانفساد ما يعقد على هٰذا الوجه عقوبة لفاعله وقطعاً للإضرار[(٥)].

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٥٢٣)، «مقدمات ابن رشد» (١ / ٤٨١)، «بداية المجتهد» (٦ / ٣٥١ ـ ٣٥٣)، «الكافي» (٢٣٠) ـ وفيه: «وعن أصحاب مالك في هٰذا الباب آراء مختلفة واضطراب» ـ، «الذخيرة» (٤ / ١٩٨، ١٩٩) ـ وفيه: «ويفسخ عند ابن نافع قبل الدخول نظراً للنهي، وروي عنه: يفسخ مطلقاً، قال عبدالوهاب: وظاهر المذهب الفسخ. قال القاضي أبو بكر: الصحيح عدمه» ـ، «المعونة» (٢ / ٧٦٠)، «معين الحكام» (١ / ٢٧٩)، «الشرح الصغير» (١ / ٣٧٧) ـ وفيه: «وفسخ عقد الثاني قبل الدخول بطلقة بائنة، قيل: وجوباً، وقيل: استحباباً وعليه الأكثر» ـ، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢١٧).

وهٰذا قول لأحمد، واختاره أبو بكر، وقاله ابن خطيب السلامية. انظر: «الإنصاف» (٨ / ٣٥)، «المغني» (٧ / ٥٢٣).

(٢) «المهذب» (٢ / ٤٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٠٢)، «تكملة المجموع» (١٥ / ٤١٧).

(٣) قال النووي في «شرح صحيح مسلم» (٣ / ٥٦٩): «هٰذه الأحاديث ظاهرة في تحريم الخطبة على خطبة أخيه، وأجمعوا على تحريمها إذا كان قد صرح للخاطب بالإجابة، وإن لم يأذن ولم يترك، فلو خطب على خطبته وتزوج والحالة هٰذه عصى وصح النكاح، ولم يفسخ، وهٰذا مذهبنا، ومذهب الجمهور»، وحكى ابن حجر في «الفتح» (٩ / ١٠٦) عن الجمهور أن النهي للتحريم، ولا يبطل العقد. وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ٤٠٢)، «نيل الأوطار» (٦ / ١٠٧)، «قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي» (ص ٣٦١ ـ ٣٦٣).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه، رقم ٥١٤٢)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، رقم ١٤١٢).

(٥) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢ / ١٠). وانظر: «إعلام الموقعين» (٣ / ١٢٩)، «الجامع للاختيارات الفقهية» (٢ / ٥٧١ ـ ٥٧٤).

مسألة ١١٧٣

إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع نسوة اختار أربعاً وفارق البواقي كان عقده عليهن في حال أو في عقود لا نبالي اختار الأوائل أو الأواخر إذا كن ممن يجوز إقرارهن تحت المسلم[(١)]، وقال أبو حنيفة: إن كان تزويجهن في عقد واحد بطل نكاح الجميع، وإن كان في عقود؛ فنكاح الأواخر باطل[(٢)].

ودليلنا حديث غيلان: أنه أسلم وتحته عشر نسوة فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً[(٣)]؛ ففيه دليلان:

أحدهما: إثبات الخيار وعند المخالف لا خيار؛ لأن نكاح الأواخر باطل عنده، وكذٰلك لو كان في عقد؛ فلا يبقى موضع الخيار.

---

(١) «المدونة» (٢ / ٢١٨)، «الرسالة» (٢٠١)، «المعونة» (٢ / ٨١٠)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٥٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٩)، «الكافي» (٢٤١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٩)، «الخرشي» (٣ / ٢٣٠)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٢٦ ـ ٢٧)، «معين الحكام» (١ / ٢٦٣).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٥ / ٤٩)، «مختصر المزني» (ص ١٧١)، «السنن الكبرى» (٧ / ١٧٧)، «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ١٢٦ ١٢٧)، «المهذب» (٢ / ٥٣)، «الوجيز» (٢ / ١٥)، «المنهاج» (ص ٩٩)، «روضة الطالبين» (٧ / ١٤٧ ـ ١٤٨)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٩٦ ـ ١٩٧)، «تكملة المجموع» (١٧ / ٣٤٩، ٤١٠ ـ ٤١١)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٠٢ ـ ٣٠٣)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٤٤ / رقم ٢٠٣).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (١٠ / ١٤، ٢١)، «الإنصاف» (٨ / ٢١٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٨٢)، «كشاف القناع» (٥ / ١٢٢)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٨٦).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٨٠)، «شرح معاني الآثار» (٢ / ٢٥٢ ـ ٢٥٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٣٥ / رقم ٨٣٠)، «المبسوط» (٥ / ١١٧)، «الاختيار» (٣ / ٨٥ ـ ٨٦، ٨٧)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٥٠٨)، «فتح القدير» (٣ / ٤١٢)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٢٠٠ ـ ٢٠١)، «رؤوس المسائل» (٣٨٥).

(٣) مضى تخريجه في مسألة (رقم ١١٤٩).

والآخر: لم يسأل: هل عقد عليهن في عقد أو عقود؛ فدل أن الحكم لا يختلف.

وروي عن الحارث بن قيس؛ قال: أسلمت وتحتي ثمان نسوة، فقال ﷺ: «اختر منهن أربعاً»[1].

وروى الضَّحَّاك بن فَيْروز عن أبيه؛ قال: قلت: يا رسول الله! إني أسلمت وتحتي أختان. فقال: «طلق أيتهما شئت»[2].

ولأن كل امرأة جاز له ابتداء العقد عليها في الإسلام جاز له البقاء بعد الإسلام معها على نكاح الشرك، أصله الأوائل، ولأن من أصلنا أن نكاح الكافر فاسد وإنما يصحح منه لهم الإسلام العقود ويعفو عن صفاتها، ولو منعنا الأواخر لفساد عقدهن لمنعنا الجميع[3].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤ / ٣١٨)، وسعيد بن منصور (٢ / ٤٦ / رقم ١٨٦٣) وأبو داود (٢٢٤١، ٢٢٤٢) وابن ماجه (١٩٥٢) والدارقطني (٣ / ٢٧٠، ٢٧١) والبيهقي (٧ / ١٨٣) في «سننهم»، وأبو يعلى في «مسنده» (رقم ٦٨٧٢)، والطبراني في «الكبير» (١٨ / رقم ٩٢٢، ٩٢٣)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (رقم ١٠٥٤، ٢٧٣٧)، وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٦ / ٤٠)، وابن الأثير في «أسد الغابة» (٤ / ٤١٦)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (٤ / ٢٣١٤ / رقم ٢٤٢٩)، وابن عبدالبر (١٢ / ٥٦، ٥٨)؛ من حديث قيس بن الحارث ـ وهو الصواب، وقيل: الحارث بن قيس، كما عند المصنف ـ، به.

وإسناده ضعيف، ضعفه البخاري في «التاريخ الكبير» (٢ / ٢٦٢)، وابن عبدالبر وغيرهما.

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٤ / ٢٣٢)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤ / ٣١٧)، وأبو داود (٢٢٤٣) وابن ماجه (١٩٥١) والترمذي (١١٢٩، ١١٣٠) والدارقطني (٣ / ٢٧٣ ـ ٢٧٤) والبيهقي (٧ / ١٨٤) في «سننهم»، وابن حبان في «صحيحه» (٤١٥٥ ـ «الإحسان»)، والطبراني في «الكبير» (١٨ / رقم ٨٤٣)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٢٨٤٧)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (٥ / ٢٢٩٧ / رقم ٥٦٧٣)؛ من طريق أبي وهب الجيشاني عن الضحاك بن فيروز به.

وصححه ابن حبان وحسنه الترمذي، وقال البيهقي: «إسناده صحيح»، لكن قال البخاري (٤ / ٣٣٣): «الضحاك بن فيروز عن أبيه، وعنه أبو وهب الجيشاني، لا نعرف سماع بعضهم من بعض».

(٣) ما اختاره المصنف قوي، ودل عليه النَّص، وهو مذهب الجماهير، والله الهادي. وانظر نصرته في: «إعلام الموقعين» (٢ / ٣٣١).

مسألة ١١٧٤

أنكحة الكفار فاسدة، وإنما يصحح الإسلام ما لو ابتدؤوه بعده جاز[(١)]، وقال أبو حنيفة[(٢)] والشافعي[(٣)]: هي صحيحة.

ودليلنا أن صحة النكاح مفتقرة إلى شروط، منها: وليٌّ ورضا المرأة، وأن لا تكون في عدة وأنكحتهم خالية من هٰذا؛ فوجب فسادها، ألا ترى أن أنكحة المسلمين إذا عريت منه كانت فاسدة؟! فأنكحة أهل الشرك أولى، وتحريره أن يقال: نكاح عار من ولي وبرضا المزوجة فكان فاسداً كنكاح المسلم، ولأن كل عقد لو وقع في الإسلام لكان فاسداً، كذٰلك إذا وقع في الكفر، أصله العقد على ذوات المحارم[(٤)].

مسألة ١١٧٥

إذا أسلم المجوسي وتحته مجوسية قد دخل بها عرض عليها الإسلام، فإن

---

(١) «المدونة» (٣ / ٢١١)، «الرسالة» (٢٠٠)، «المعونة» (٢ / ٨٠٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٥٨ ـ ٥٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٨).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٧٨ ـ ١٧٩)، «الاختيار» (٣ / ١١١)، «فتح القدير» (٣ / ٤١٣)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٧١)، «البحر الرائق» (٣ / ٢٢٢، ٢١٥، ٢٢٧)، «شرح العيني» (١ / ١٣٤).

(٣) «مختصر المزني» (١٧٢ ـ ١٧٣)، «تكملة المجموع» (١٧ / ٤٠٤)، «روضة الطالبين» (٧ / ١٤٣، ١٥٠)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٩٣)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٣٩ ـ ٤٤٠).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (١٠ / ٥)، «الإنصاف» (٨ / ٢٠٦)، «كشاف القناع» (٥ / ١١٥)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٨٤)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٨٢).

(٤) لم يتعرض النبي ﷺ لأنكحة الكفار: كيف وقعت، وهل صادفت الشروط المعتبرة في الإسلام فتصح، أم لم تصادفها فتبطل، وإنما اعتبر حالها وقت إسلام الزوج، فإن كان ممن يجوز له المقام مع امرأته أقرَّهما، ولو كان في الجاهلية قد وقع على غير شرطه من الولي والشهود وغير ذٰلك، وإن لم يكن الآن ممن يجوز له الاستمرار لم يقر عليه كما لو أسلم وتحته ذات رحم محرم أو أختان أو أكثر من أربع، فهٰذا هو الأصل الذي أصَّلَتْه سنةُ رسول الله ﷺ، وما خالفه؛ فلا يلتفت إليه، والله الموفّق. قاله ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٢ / ٣٣١ ـ ٣٣٢، ٣٦٩ ـ ط محمد محيي الدين).

أسلمت ثبتا على نكاحهما، وإن أبت وقعت الفرقة بينهما في الحال ولم تقف على انقضاء العدة[١]، وهو قول غير أشهب[٢]، وقال الشافعي: لا تقع الفرقة إلا بانقضاء العدة[٣]، وهو قول أشهب[٤].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠]، ولأنه مسلم تمسك بعصمة مجوسية؛ فأشبه ابتداء العقد عليها، ولأنه لا فصل بين اعتبار العدة وغيرها من الآجال؛ لأنه إما أن ينفسخ النكاح بإسلامه وإبائها على ما نقوله أو يبقى مستداماً، فأما تعليقه بانقضاء العدة؛ فلا معنى له[٥].

مسألة ١١٧٦

إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول انفسخ النكاح في الحال[٦]، وذكر الشيخ

---

(١) «المدونة» (٢ / ٢١٢ ـ ٢١٥)، «التفريع» (٢ / ٦٣)، «الرسالة» (٢٠٠)، «المعونة» (٢ / ٨٠٤)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٨).

ولم يشترط الحنفية انقضاء العدة.

انظر: «المبسوط» (٥ / ٥١ ـ ٥٢)، «القدوري» (ص ٧١)، «بدائع الصنائع» (٣/ ١٤١١)، «البناية» (٤ / ٣٢٥)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ١٩١)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٩٠).

(٢) «المعونة» (٢ / ٨٠٤).

(٣) «الأم» (٥ / ٤٤)، «المهذب» (٢ / ١٥٥)، «أحكام القرآن» (٣ / ٤١٠) للكيا الهراسي، «تخريج الفروع على الأصول» (ص ٢٧٨)، «الحاوي» (١١ / ٤٠٣)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٩٦ ـ ٢٠١)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٢٤)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٤٧ / رقم ٢٠٤).

(٤) قال المصنف في «المعونة» (٢ / ٨٠٤): «وعند أشهب أن فسخه موقوف على انقضاء العدة».

(٥) قال المصنف في «المعونة» (٢ / ٨٠٤): «أما اعتبار العدة؛ فلا معنى له لأنه دعوى، ووجه قول أشهب اعتباره بإسلام الزوجة».

ورجح ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٢ / ٣٣٢ ـ ٣٣٣ ـ ط محمد محيي الدين) بأدلة عديدة أنه ﷺ لم يكن يفرق بين من أسلم وبين امرأته إذا لم تُسْلم معه، بل حتى أسلم الآخر؛ فالنكاح بحاله ما لم تتزوج، وقال: «هٰذه سنته المعلومة»، وسرد أدلة عديدة صح بعضها، كما بيّنّاه في تعليقنا عليه، يسّر الله نشره بخير وعافية.

(٦) «جواهر الإكليل» (١ / ٢٩٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٥٥)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٨).

أبو بكر عن مالك رواية أنه لا ينفسخ إلا بخروجها من العدة[١]، وهو قول الشافعي[٢].

ودليلنا أن الارتداد معنى ينافي بقاء العقد على مسلمة؛ فوجب أن ينفسخ به النكاح في الحال، أصله قبل الدخول[٣].

مسألة ١١٧٧

إذا ارتدا معاً انفسخ النكاح قبل الدخول وبعده[٤]، وقال أبو حنيفة: النكاح على حاله[٥].

فدليلنا أن حصول الردة يقتضي فسخ النكاح، أصله إذا ارتد أحدهما[٦].

مسألة ١١٧٨

أهل الذمة إذا تحاكموا إلينا؛ فالإمام بالخيار: إن شاء حكم بينهم، وإن شاء

---

(١) «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٥٤).

(٢) مذهبهم: إنْ كانت الردة قبل الدخول وقعت الفرقة بينهما، وإن كانت بعد الدخول توقّفت الفرقة على انقضاء العدّة، فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة؛ فهما على نكاحهما، وإلا؛ فقد وقعت الفرقة من الردة.

«الأم» (٥ / ٤٨)، «مختصر المزني» (١٧٣)، «المهذب» (٢ / ٥٥)، «الحاوي» (١١ / ٤٠٣)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٣٤)، «المنهاج» (ص ٩٩)، «الإقناع» (٢ / ٢٠٤).

(٣) انظر آخر تعليق على المسألة السابقة.

(٤) «جامع الأمهات» (ص ٢٦٨)، «الشامل» لبهرام (ق ١٧١).

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.

وانظر: «الإقناع» (٢ / ٢٠٤)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٩٨)، وما علقناه قريباً.

(٥) «مختصر الطحاوي» (١٨١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٦٠ / رقم ٨٦٠)، «المبسوط» (٥ / ٤٩)، «القدوري» (٧١)، «البناية» (٤ / ٣٢٨)، «رؤوس المسائل» (٣٩١).

(٦) ما ذكروه يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية، فإن نكاحهما ينفسخ، وقد انتقلا إلى دين واحدٍ، وأما إذا أسلما؛ فقد انتقلا إلى دين الحق، ويقرّان عليه بخلاف الرِّدَّة.

انظر: «المغني» (٦ / ٣٤٧ و٨ / ٩٩ ـ ط هراس)، «أحكام المرتد في الشريعة الإسلامية» (٢٦٩ ـ ٢٧٢).

تركهم[(١)].

وللشافعي قولان، أحدهما مثل هٰذا، والآخر: أنه يلزمه أن يحكم بينهم[(٢)].

فدليلنا قوله عز وجل: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ﴾ [المائدة: ٤٢]، والتخيير ينفي الوجوب، ولأنهما كافران؛ كالمستأمنين[(٣)].

---

(١) «أحكام القرآن» (٢ / ٦٢٠) لابن العربي ـ وفيه: «قال ابن القاسم: والأفضل له ـ أي: الإمام ـ أن يُعْرِضَ عنهم» ـ، «تفسير القرطبي» (٦ / ١٨٤) ـ وفيه: «روي ذٰلك عن النخعي والشَّعبي وغيرهما، وهو مذهب مالك والشافعي وغيرهما، سوى ما روي عن مالك في ترك إقامة الحدّ على أهل الكتاب في الزنى؛ فإنه إن زنى المسلم بالكتابية حدّ ولا حدّ عليها، فإن كان الزانيان ذميين؛ فلا حدّ عليهما، وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن وغيرهما، وقد روي عن أبي حنيفة أيضاً أنه قال: يجلدان ويرجمان. وقال الشافعي وأبو يوسف وأبو ثور وغيرهم: عليهما الحدّ إنْ أتيا راضيين بحكمنا».

(٢) «الحاوي الكبير» (١١ / ٤١٧ ـ ٤١٨).

(٣) في الآية قول ثان: وهو ما روي عن عمر بن عبدالعزيز والنخعي أيضاً أن التخيير المذكور في الآية منسوخ بقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، وأن على الحاكم أن يحكم بينهم، وهو مذهب عطاء الخراساني وأبي حنيفة وأصحابه وغيرهم، وروي عن عكرمة أنه قال: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ﴾ [المائدة: ٤٢] نسخها آية أخرى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، وقال مجاهد: لم ينسخ من المائدة إلا آيتان، قوله: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ﴾ [المائدة: ٤٢] نسختها ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، وقوله: ﴿لَا تُحِلُّواْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ﴾ [المائدة: ٢] نسختها: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥]، وقال الزهري: مضت السنة أن يرد أهل الكتاب في حقوقهم ومواريثهم إلى أهل دينهم، إلا أن يأتوا راغبين في حكم الله فيحكم بينهم بكتاب الله، قال السمرقندي: وهٰذا القول يوافق قول أبي حنيفة أنه لا يحكم بينهم ما لم يتراضوا بحكمنا. وقال النحاس في «الناسخ والمنسوخ» (ص ١٥٩ ـ ١٦٠) له قوله تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ وَإِن تُعۡرِضۡ عَنۡهُمۡ﴾ [المائدة: ٤٢] منسوخ؛ لأنه إنما نزل أول ما قدم النبي ﷺ المدينة واليهود فيها يومئذ كثير، وكان الأدعى لهم والأصلح أن يردوا إلى أحكامهم، فلما قوي الإسلام أنزل الله عز وجل: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، وقاله ابن عباس ومجاهد وعكرمة والزهري وعمر بن عبدالعزيز والسدي، وهو الصحيح من قول الشافعي، قال في كتاب الجزية: ولا خيار له إذا تحاكموا إليه؛ لقوله عز وجل: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٨]، قال النحاس: وهٰذا من أصح الاحتجاجات؛ لأنه إذا كان =

= معنى قوله: ﴿ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ أن تجري عليهم أحكام المسلمين وجب ألا يردوا إلى أحكامهم، فإذا وجب هٰذا؛ فالآية منسوخة.
وهو أيضاً قول الكوفيين أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف ومحمد، لا اختلاف بينهم إذا تحاكم أهل الكتاب إلى الإمام أنه ليس له أن يعرض عنهم، غير أن أبا حنيفة قال: إذا جاءت المرأة والزوج؛ فعليه أن يحكم بينهم بالعدل، وإن جاءت المرأة وحدها ولم يرض الزوج لم يحكم.
وقال الباقون: يحكم؛ فثبت أن قول أكثر العلماء أن الآية منسوخة مع ما ثبت فيها من توقيف ابن عباس، ولو لم يأت الحديث عن ابن عباس لكان النظر يوجب أنها منسوخة لأنهم قد أجمعوا أن أهل الكتاب إذا تحاكموا إلى الإمام؛ فله أن ينظر بينهم، وأنه إذا نظر بينهم مصيب عند الجماعة، وألا يعرض عنهم فيكون عند بعض العلماء تاركاً فرضاً، فاعلاً ما لا يحل له ولا يسعه، قال النحاس: ولمن قال بأنها منسوخة من الكوفيين قول آخر، منهم من يقول: على الإمام إذا علم من أهل الكتاب حداً من حدود الله عز وجل أن يقيمه وإن لم يتحاكموا إليه، ويحتج بأن قول الله عز وجل: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم ﴾ [المائدة: ٤٩] يحتمل أمرين:
أحدهما: وأن احكم بينهم إذا تحاكموا إليك.
والآخر: وأن احكم بينهم وإن لم يتحاكموا إليه، إذا علمت ذٰلك منهم قالوا: فوجدنا في كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ ما يوجب إقامة الحد عليهم وإن لم يتحاكموا إلينا، فأما ما في كتاب الله؛ فقوله تعالى: ﴿ ۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ ﴾ [النساء: ١٣٥]، وأما ما في السنة؛ فحديث البراء بن عازب قال: مر على رسول الله ﷺ بيهودي قد جُلِد وحُمِّم فقال: «أهٰكذا حد الزاني عندكم؟». فقالوا: نعم. فدعا رجلاً من علمائهم فقال: «سألتك بالله؛ أهٰكذا حد الزاني فيكم؟». فقال: لا. . . الحديث وقد تقدم.
قال النحاس: فاحتجوا بأن النبي ﷺ حكم بينهم ولم يتحاكموا إليه في هٰذا الحديث.
فإن قال قائل: ففي حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن اليهود أتوا النبي ﷺ قيل له: ليس في حديث مالك أيضاً أن اللذين زنيا رضيا بالحكم، وقد رجمهما النبي ﷺ.
قال أبو عمر بن عبدالبر: لو تدبر من احتج بحديث البراء لم يحتج؛ لأن في درج الحديث تفسير قوله عز وجل: ﴿ إِنْ أُوتِيتُمْ هَٰذَا فَخُذُوهُ وَإِن لَّمْ تُؤْتَوْهُ فَٱحْذَرُوا۟ ﴾ [المائدة: ٤١]، يقول: إن أفتاكم بالجلد والتحميم فخذوه، وإن أفتاكم بالرجم فاحذروا دليل على أنهم حكَّموه. وذٰلك بيِّن في حديث ابن عمر وغيره.
فإن قال قائل: ليس في حديث ابن عمر أن الزانيين حكَّما رسولَ الله ﷺ ولا رضيا بحكمه. قيل له: حد الزاني حق من حقوق الله تعالى على الحاكم إقامته، ومعلوم أن اليهود كان لهم حاكم يحكم =

= بينهم ويقيم حدودهم عليهم، وهو الذي حكم رسول الله ﷺ، والله أعلم. قاله القرطبي في «تفسيره» (٦ / ١٨٥ ـ ١٨٧).

وانظر: «المصفى بأكف أهل الرسوخ من علم الناسخ والمنسوخ» (٢٨) لابن الجوزي، «ناسخ القرآن العزيز ومنسوخه» (٣٢) للبارزي، «الإيضاح لناسخ القرآن ومنسوخه» (٢٧١) لأبي محمد مكي بن أبي طالب القيسي، «الناسخ والمنسوخ» (٢٠٩) لأبي منصور عبدالقاهر البغدادي، «الناسخ والمنسوخ» (٢٤٢ ـ ٢٤٧) لأبي عبيد.

قلت: ويدل على وجوب حكم الإمام بينهم بما أنزل الله آيات المائدة [٤٤ ـ ٤٦] وهي قوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَا ٱلتَّوْرَىٰةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ ۚ يَحْكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ ٱلَّذِينَ أَسْلَمُوا۟ لِلَّذِينَ هَادُوا۟ وَٱلرَّبَّـٰنِيُّونَ وَٱلْأَحْبَارُ بِمَا ٱسْتُحْفِظُوا۟ مِن كِتَـٰبِ ٱللَّهِ وَكَانُوا۟ عَلَيْهِ شُهَدَآءَ ۚ فَلَا تَخْشَوُا۟ ٱلنَّاسَ وَٱخْشَوْنِ وَلَا تَشْتَرُوا۟ بِـَٔايَـٰتِى ثَمَنًا قَلِيلًا ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَـٰفِرُونَ ۞ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ ۞ وَقَفَّيْنَا عَلَىٰٓ ءَاثَـٰرِهِم بِعِيسَى ٱبْنِ مَرْيَمَ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلتَّوْرَىٰةِ ۖ وَءَاتَيْنَـٰهُ ٱلْإِنجِيلَ﴾.

فقد صرح فيها بأن أولٰئك الذين تحاكموا إلى النبي ﷺ من اليهود عندهم التوراة فيها حكم الله ثم تولوا عن حكم الله وقال بعد ذٰلك: ﴿وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ ٱلْإِنجِيلِ بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فِيهِ﴾.

وهٰذه لام الأمر، وهو أمر من الله أنزله على لسان محمد، وأمر من مات قبل هٰذا الخطاب ممتنع، وإنما يكون الأمر أمراً لمن آمن به من بعد خطاب الله لعباده بالأمر، فعلم أنه أمر لمن كان موجوداً حينئذ أن يحكموا بما أنزل الله في الإنجيل، والله أنزل في الإنجيل الأمر باتباع محمد ﷺ كما أمر أهل التوراة أن يحكموا بما أنزله مما لم ينسخه المسيح.

وما نسخه؛ فقد أمروا فيه باتباع المسيح، وقد أمروا في الإنجيل باتباع محمد ﷺ لمن حكم من أهل الكتاب بعد مبعث محمد ﷺ بما أنزله الله في التوراة والإنجيل ولم يحكم بما يخالف حكم محمد ﷺ؛ إذ كانوا مأمورين في التوراة والإنجيل باتباع محمد ﷺ كما قال تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَتَّبِعُونَ ٱلرَّسُولَ ٱلنَّبِىَّ ٱلْأُمِّىَّ ٱلَّذِى يَجِدُونَهُۥ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِى ٱلتَّوْرَىٰةِ وَٱلْإِنجِيلِ﴾ [الأعراف: ٥٧].

وقال تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَـٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ﴾ [المائدة: ٤٨]، فجعل القرآن مهيمناً. والمهيمن: الشاهد الحاكم المؤتمن فهو يحكم بما فيها مما لم ينسخه الله ويشهد بتصديق ما فيها مما لم يبدل، ولهٰذا قال: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المائدة: ٤٨].

وقد ثبت في «الصحاح» و«السنن» و«المسانيد» هٰذا. قاله ابن تيمية في «التفسير الكبير» (٤ / ١٠٣ ـ ١٠٤).

مسألة ١١٧٩

نكاح الشغار باطل[١]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه صحيح، ولكل واحدة منهن مهر مثلها[٢]؛ لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار: أن يزوج الرجل ابنته الرجل ويزوجه الآخر ابنته ولا مهر بينهما[٣]، وروي أنه عليه السلام قال: «لا شغار في الإسلام»[٤]، ولأنه ملك بضع ابنته لشخصين للرجل

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٥٣٥)، «المدونة» (٢ / ١٣٩ ـ ١٤٠)، «التفريع» (٢ / ٤٨)، «الرسالة» (١٩٧)، «الكافي» (٢٣٧)، «المعونة» (٢ / ٧٥٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٧٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ٥٧)، «الخرشي» (٣ / ١٩٧، ٢٦٧)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٤٥)، «فصول الأحكام» (٢٩)، «القوانين الفقهية» (٢٠٤)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢٣٩).

وهذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٥ / ١٧٤)، «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ١٦٩)، «المهذب» (٢ / ٤٦ ـ ٤٧)، «روضة الطالبين» (٧ / ١٠٦)، «تكملة المجموع» (١٧ / ٣٥٢)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٤٢)، «المنهاج» (ص ٩٦)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٥٤).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٠ / ٤٢)، «الإنصاف» (٨ / ١٥٩)، «شرح الزركشي» (٥ / ٢١٩)، «الهداية» (١ / ٢٥٤)، «المحرر» (٣ / ٤٦)، «الفروع» (٤ / ٢١٥)، «الكافي» (٢ / ٦٨١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٨٥)، «كشاف القناع» (٥ / ٩٢)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٦٦).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٨١)، «القدوري» (٧٠)، «اللباب» (٣ / ١٨)، «المبسوط» (٥ / ١٠٥)، «الاختيار» (٣ / ٨٩)، «فتح القدير» (٣ / ٢٤٩ ـ ٢٥٠)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٤٣٠ ـ ١٤٣١)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٤٥)، «البحر الرائق» (٣ / ١٦٧)، «شرح العيني» (١ / ١٢٦)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٩٢)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ١٠٦).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب الشغار، رقم ٥١١٢)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، رقم ١٤١٥)؛ من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما.

وقال الشافعي في «الأم» (٥ / ٧٦): «لا أدري تفسير الشغار في الحديث عن النبي ﷺ أو من ابن عمر أو من نافع أو من مالك».

وانظر: «فتح الباري» (٩ / ١٦٢ ـ ١٦٣)، «تنوير الحوالك» (٢ / ٦٩).

(٤) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، رقم ١٤١٥ بعد ٦٠).

وابنته[١] فصار كما لو قال لرجلين: زوجتُ ابنتيَّ لكما، ولأنه عقد شرط فيه المعقود به لغير المعقود له؛ فلم يصح، أصله إذا قال: بعتك عبدي هٰذا على أن يكون ملكاً لزيد، ولأنه عقد حصل فيه المعقود له معقوداً به؛ فلم يصح كما لو قال لعبد: زوجتك ابنتي على أن تكون رقبتك مهرها[٢].

مسألة ١١٨٠

نكاح المتعة باطل[٣] خلافاً لمن أجازه[٤] لما روي عن علي رضي الله عنه أن

---

(١) للعلماء في علة إبطال (نكاح الشغار) أقوال: هل العلة التشريك في البضع، أو تعليق أحد النكاحين على الآخر، أو كون أحد العقدين سلفاً من الآخر؟
والمصنف اختار الأول، وهٰذا لا معنى له، فإن البضع لم يحصل فيه اشتراك، بل كل من الزوجين ملك بضع امرأة بلا شركة، وإن كان قد جعل صداقها بضع الأخرى؛ فالمرأة الحرة لم تملك بضع المرأة، ولا يمكن هٰذا، فإن امرأة لا تتزوج امرأة، ولٰكن جعلت لوليها ما تستحقه من المهر، فوليها هو الذي ملك البضع، وجعل صداقها ملك وليها البضع، وهي لم تملك شيئاً؛ فلهٰذا كان شغاراً، والمكان الشاغر الخالي، فإنهم أشغروا النكاح عن مهر. انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٩ / ٣٤٣).

(٢) نكاح الشغار من الفساد ليس من الصلاح، وأبطله الصحابة، وثبت عنه ﷺ قوله: «فإن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج». وثبت النهي عنه؛ فلم يبق للقول بصحته حظٌّ ولا نظر.
انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٩ / ٢٨٢، ٣٢٣ و٣٢ / ١٥٧، ١٣٢)، «زاد المعاد» (٥ / ١٠٧ ـ ط مؤسسة الرسالة)، «إقامة الدليل على بطلان التحليل» (ص ٤٥١ ـ فما بعد).

(٣) «المدونة» (٢ / ١٥٩ ـ ١٦٠)، «التفريع» (٢ / ٤٨)، «الرسالة» (١٩٧)، «شرح الزرقاني» (٣ / ١٥٣)، «الكافي» (٢٣٨)، «المعونة» (٢ / ٧٥٨)، «المعلم» (٢ / ١٣١) ـ وفيه: «انعقد الإجماع على تحريمه ولم يخالف فيه إلا طائفة من المبتدعة، وتعلقوا بالأحاديث الواردة في ذٰلك وقد ذكرنا أنها منسوخة، فلا دلالة لهم فيها» ـ، «المفهم» (٤ / ٩٣) ـ وفيه: «وأجمع السلف والخلف على تحريمها، إلا ما رُوي عن ابن عباس، وروي عنه أنه رجع عنه، وإلا الرافضة، ولا يُلْتَفَتُ لخلافهم؛ إذ ليسوا على طريقة المسلمين، وأجمعوا على أن نكاح المتعة متى وقع فُسِخَ قبل الدخول وبعده، إلا ما حكي عن زفر؛ فإنه يلغي الأجل، ويصحح العقد، وكأنه رأى أنه متى فسد أُلغي الشرط وحكم بالصِّحَّة، وهو خلافٌ شاذٌّ». وقال (٤ / ٩٤): «فتبيَّن الصُّبحُ لذي عينين، وضاءت الشمس لسليم الحاسّتين» ـ.

(٤) هو قول الشيعة في كتبهم. انظر لهم: «الروضة البهية» (٥ / ٢٤٥)، «الكافي» (٧ / ١٧٧)، =

رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء[1]؛ ولأن كل عقد معاوضة يصح تأبيده لم يصح توقيته كالبيع.

مسألة ١١٨١

خيار الفسخ في النكاح يثبت لكل واحد من الزوجين بوجود خمسة عيوب، ثلاثة منها قد يشتركان فيها وهي الجنون والجذام[2] والبرص[3] ونوعان ينفرد بهما أحدهما عن الآخر ففي الرجل الجب[4]

= «التهذيب» (١٠ / ٣)، «الملاذ» (١٦ / ١٠)، «الفقيه» (٤ / ١٧)، «الوسائل» (١٨ / ٣٥٠).
ولمعاصريهم مصنفات في نصرته، ولفرج فودة «زواج المتعة» وهو من أخبث الكتب.
انظر: «المتعة ومشروعيتها في الإسلام» لمجموعة من الشيعة (١٢٢ ـ ١٣٣)، «خلاصة الإيجاز في المتعة» لمحمد بن النعمان المفيد، «الزواج المؤقت» لمحمد تقي الحكيم، «الزواج في القرآن والسنة» لعز الدين بحر العلوم، «المتعة وأثرها في الإصطلاح الاجتماعي» (ص ٣٦ ـ ٩٦).
وقد كان ابن عباس يحلل هٰذا النكاح، ثم رجع عنه، فخرج يوم عرفه فقال: ـ أيها الناس، إنها لا تحل إلا لمن اضطر إليها كالميتة والدم ولحم الخنزير، وقد ذكر ذٰلك أبو الفتح نصر بن إبراهيم المقدسي (ت ٤٩٠ هـ) في كتابه: «تحريم نكاح المتعة» (٢٠٢)، وقال (١٦٨):
«وإباحة نكاح المتعة ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ ولا في إجماع الصحابة ولا قول واحد منهم ولا من التابعين ولا من العلماء، بل في كل ذٰلك قد نهي عنه ومنع منه فكان الأخذ بخلافهم ضلالاً».
وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ٣٩٦ ـ ٣٩٧) للقفال، كتاب: «تحريم المتعة في الكتاب والسنة» (١٥٠ ـ فما بعد) ليوسف جابر المحمدي، «نكاح المتعة» (ص ٧ وما بعد) لمحمد الحامد، «الأصل في الأشياء... ولٰكن المتعة حرام» لسائح علي حسين، «نكاح المتعة في ضوء الكتاب والسنة» لعبدالله توفيق الصباغ، «العلاقات الجنسية غير الشرعية» (١ / ١١٦ ـ ١٦٤).

(١) أخرج البخاري في «صحيحه» (كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، رقم ٤٢١٦، وكتاب النكاح، باب نهي رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة آخراً، رقم ٥١١٥)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ، رقم ١٤٠٧)؛ عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: أنّ رسول الله ﷺ نهى عن مُتعة النساء يوم خيبر، وعن أكل الحُمُر الإنْسِيَّة.

(٢) مضى تعريفه.

(٣) مضى تعريفه.

(٤) الجَبّ: القطع، وجب خصاه: استأصله، والمجبوب: الذي قد استؤصل ذكره وأنثياه.

والعنة[١] أو الاعتراض وفي المرأة الرتق[٢] أو القرن[٣] وقال أبو حنيفة: لا خيار للزوج في شيء من ذلك بحال وللمرأة الخيار في الجب والعنة[٤]، ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة من بني بياضة فوجد بكشحها بياضاً فقال: إلحقي

= انظر: «اللسان» (جبب)، «الشرح الكبير» (٢/٢٧٨)، «الشرح الصغير» (٢ / ٤٦٩) وفي «التاج والإكليل» (٣ / ٣٨٥): «المقطوع أحدهما».

(١) العُنَّةُ: أن يوجد بالرجل ما يعترض الوطء، والعنين: هو الذي لا يمكنه الوطء، وقيل: هو الذي له ذكر ولكنه لا ينتشر وقد يكون لمرض أو لكبر سن أو لضعف في خلقته أو لسحرٍ.
انظر: «أنيس الفقهاء» (ص ١٦٥)، «حاشية الصاوي» (٢ / ٤٧١)، «التاج والإكليل» (٣ / ٤٨٥).

(٢) الرتق: انسداد محل الجماع باللحم.
انظر: «الشرح الكبير» (٢ / ٢٧٨)، «كشاف القناع» (٥ / ١٠٩).
ويزيد بعض المالكية، ثلاثة عيوب أخرى، هي:
الأول: العفل: وهو لحم يبرز في قُبُل المرأة، يشبه الأردة (وهو اسم لنفخ الخصية)، ولا يخلو عن رشح. وقيل: رغوة تحدث في الفرج عند الجماع.
والثاني: بخر الفرج، أي: نتونته.
والثالث: الإفضاء، هو: اختلاط مسلك البول والذكر، وأولى منه مسلك البول مع الغائط، وعندهم لو طلبت الزوجة التأجيل لمداواة عيبها إنْ رُجي برؤه، فإنها تؤجَّل مدة للمداواة باجتهاد أهل الطب.
انظر: «الشرح الكبير» (٢ / ٢٧٨)، «الشرح الصغير» (٢ / ٤٧)، «الفواكة الدواني» (٢ / ٤٣).

(٣) والقرن: عظم في الفرج يمنع الجماع، وقيل: لحم ينبت فيه.
وانظر للمسألة: «المدونة» (٢ / ١٦٧ ـ ١٦٩)، «الرسالة» (٢٠٣)، «الكافي» (٢٥٨ ـ ٢٥٩)، «المعونة» (٢ / ٧٧٠) «جامع الأمهات» (ص ٢٧٠، ٢٧١)، «المنتقى» (٣ / ٢٧٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٥٠ ـ ٥١)، «الخرشي» (٣ / ٢٣٦ ـ ٢٣٧)، «قوانين الأحكام» (١٨٥)، «الشرح الكبير» (٢ / ٢٧٧)، «الشرح الصغير» (٢ / ٤٢٤)، «معين الحكام» (١ / ٢٢٨ ـ ٢٣١)، «الفواكه الدواني» (٢ / ٤٣)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢٧٨).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٨١)، «اللباب» (٣ / ٢٤ ـ ٢٥)، «رؤوس المسائل» (٣٩٥)، «الاختيار» (٣ / ٩٥)، «فتح القدير» (٤ / ٣٠٣ ـ ٣٠٤)، «حاشية رد المحتار» (٣ / ٤٩٤)، «المبسوط» (٥ / ٩٥)، «إيثار الإنصاف» (١٣١)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٨٤ ـ ٨٦)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٣٣٥)، «البدائع» (٣ / ١٥٢٦).

بأهلك[١]. وروي: دلَّستم علي[٢]؛ ولأنه روي عن عمر[٣] وعلي[٤] وابن عباس[٥] أنهم أثبتوا الخيار بذلك؛ ولأن الرتق والقرن عيب يمنع المقصود من الاستمتاع؛ فوجب أن يثبت به الخيار كالجب والعنة؛ ولأنه عقد معاوضة فكان وجود الجنون في المعقود عليه؛ مثبتاً للخيار كالبيع[٦].

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في «السنن» (٨٢٩)، وابن أبي شيبة (٣ / ٣١١)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (٧ / ٢٢٣)، وأحمد في «المسند» (٣ / ٤٩٣)، والطحاوي في «المشكل» (٦٤٦ ـ ٦٤٩)، والحاكم (٤ / ٣٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٢٥٦ ـ ٢٥٧) من حديث كعب بن زيد الأنصاري. وإسناده ضعيف.

وانظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ١٦٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٨٧)، «مجمع الزوائد» (٤/ ٣٠٠).
وصح الحديث في مناسبة أخرى، كما تراه في التعليق على (مسألة ١١٨٨).

(٢) أخرجه ابن عدي (٢ / ٥٩٣)، والطحاوي (٦٤٤، ٦٤٥)، والبيهقي (٧ / ٢٥٧) من حديث ابن عمر، وإسناده ضعيف. انظر: «مجمع الزوائد» (٤ / ٣٠٠).

(٣) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣ / ٢٦٧)، وسعيد بن منصور في «السنن» (٨١٨، ٨١٩)، وعبدالرزاق «المصنف» (٦ / ٢٤٤ / رقم ١٠٦٧٩)، ومالك في «الموطأ» (٣ / ٢٧٨ ـ مع «المنتقى»)، والبيهقي في «الكبرى» (٧ / ٢١٤)، وابن حزم في «المحلى» (١٠ / ١١٠) عن عمر. وإسناده صحيح.

(٤) أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٢٤٣ رقم ١٠٦٧٧، ١٦٠٧٨)، وسعيد بن منصور في «السنن» (رقم ٨٢٠، ٨٢١)، وابن المنذر في «الأوسط» (٣ / ق ٢٠٨ / أ)، والشافعي في «الأم» (٧ / ١٥٨)، والدارقطني في «السنن» (٣ / ٢٦٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٢١٥)، وابن حزم في «المحلى» (١٠ / ١١٠، ١١٣) من طريقين عن الشعبي عن علي قال: «يردّ من القرن، والجذام، والجنون، والبرص، فإن دخل بها، فعليه المهر، وإن شاء طلقها، وإن شاء لم يطلقها وإن شاء أمسك وإن لم يدخل بها فرق بينهما» لفظ عبدالرزاق، وإسناده صحيح.

ولفظ سعيد: «أيما رجل تزوج امرأة، فوجدها مجنونة أو مجذومة، أو برصاء، فهي امرأته، إن شاء طلق، وإن شاء أمسك».

(٥) أخرجه الدارقطني (٣ / ٢٦٧)، والبيهقي (٧ / ٢١٥) في «سننهما»، وابن حزم في «المحلى» (١٠ / ١١٠)، وإسناده صحيح.

(٦) كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة، يوجب الخيار.
انظر: «الاختيارات الفقهية» (ص ٣٨٠)، «مجموع الفتاوى» (٣٢ / ١٧٢)، «زاد المعاد» (٥ / ١٨١ ـ ١٨٣).

مسألة ١١٨٢

إذا تزوجها سليمة ثم حدث بها عيب من بعض هٰذه العيوب فلا رد له[١] خلافاً لأحد قولي الشافعي[٢]؛ لأن المعنى الذي أوجب الخيار له عند العقد وجود التدليس وهٰذا معدوم في مسألتنا؛ ولأن المهر ليس بمبذول للاستدامة وإنما هو مبذول لأول مرة، والنفقة يمكنه إسقاطها بالطلاق[٣].

مسألة ١١٨٣

إذا تزوج أمة فبيعت لم يكن ذٰلك طلاقاً[٤] خلافاً لمن يحكى عنه ذٰلك من الصحابة أنه فسخ للنكاح[٥]؛ لأن عائشة اشترت بريرة فأعتقتها فخيَّرها رسول الله ﷺ[٦] فلو كان النكاح قد بطل لم يثبت التخيير؛ ولأنه تصرف من السيد في أمته فلم يفسخ به نكاحها كالتدبير والكتابة[٧].

---

(١) «المعونة» (٢ / ٧٧٣)، «التلقين» (١ / ٢٩٨)، «جامع الأمهات» (ص ٢٧٢)، «البيان والتحصيل» (٤ / ٤٦٧).

(٢) «مختصر المزني» (١٧٦، ١٧٨)، «الإقناع» (١٣٨ ـ ١٣٩)، «المهذب» (٢ / ٤٩)، «روضة الطالبين» (٧ / ١٧٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٠٥).

(٣) ما قرره المصنف قوي ووجيه وقال به جمع من التابعين، والله أعلم.
انظر: «المحلى» (١٠ / ١٠٩)، «مصنف عبدالرزاق» (٦ / ٢٥٥ ـ ٢٥٦).

(٤) «شرح الزرقاني على خليل» (٤ / ٨٣)، «جواهر الإكليل» (١ / ٢٩٤)، وفي «الفتح» (٩ / ٤٠٤): «قال ابن بطال: اختلف السلف: هل يكون بيعُ الأمة طلاقاً؟ فقال الجمهور: لا يكون بيعها طلاقاً».

(٥) روي هٰذا عن ابن مسعود وابن عباس وأبي بن كعب ومن التابعين عن سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد، أفاده ابن بطال فيما نقله ابن حجر في «الفتح» (٩ / ٤٠٤)، ثم تعقبه بقوله: «وما نقله عن الصحابة أخرجه ابن أبي شيبة بأسانيد فيها انقطاع»، قال: «وفيه عن جابر وأنس أيضاً، وما نقله عن التابعين فيه بأسانيد صحيحة، وفيه أيضاً عن عكرمة والشعبي نحوه، وأخرجه سعيد بن منصور عن ابن عباس بسندٍ صحيح».

(٦) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته، رقم ٢٥٣٦)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، ١٥٠٤) من حديث عائشة.

(٧) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو اختيار الإمام البخاري إذ عقد في «صحيحه» في (كتاب الطلاق، باب لا يكون بيعُ الأمة طلاقاً)، والله أعلم.

مسألة ١١٨٤

إذا أُعتقت تحت حر فلا خيار لها[١] خلافاً لأبي حنيفة[٢] لما روي عن عائشة أنها أعتقت بريرة فخيرها رسول الله ﷺ[٣] وكان زوجها عبداً ولو كان حراً ما خيرها؛ ولأنها حصلت مساوية له في الحرية ولا خيار لها، أصله إذا تزوج كتابية فأسلمت أو مجنونة فأفاقت، ولأن كل معنى لا يثبت الخيار لها عند ابتدائه إذا وقع العقد مطلقاً لم يثبت لها إذا حصل في تضاعيفه، أصله إذا زوجت من أقطع أو أعمى[٤].

---

(١) «المدونة» (٣ / ٣٠ ـ ط دار صادر)، «التفريع» (٢ / ١٠٣)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٢٧٥)، «المعونة» (٢ / ٨٦٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٧٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٥٣)، «الخرشي» (٣ / ٢٥٢).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٥ / ١٢٢)، «مختصر المزني» (١٧٧)، «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ١٩٧ ـ ١٩٨)، «المهذب» (٢ / ٥١)، «المنهاج» (ص ١٠٠)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٥٩ رقم ٢٠٧)، «روضة الطالبين» (٧ / ١٩٢)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٠٨).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٠ / ٦٩)، «الإنصاف» (٨ / ١٧٦)، «كشاف القناع» (٥ / ١٠٢)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٦٧٢)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٨٨).

(٢) «الجامع الكبير» (ص ١٠٣)، «مختصر الطحاوي(١٨٢)، «القدوري» (ص ٧١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٦٣ رقم ٨٦٦)، «اللباب» (٣ / ٢٤)، «المبسوط» (٥ / ٩٩، ١١٤)، «الإختيار» (٣ / ١١٠)، «فتح القدير» (٣ / ٤٠٢)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٦٦)، «البحر الرائق» (٣/ ٢١٥)، «الجوهر النقي» (٧/ ٢٢٤)، «إيثار الإنصاف» (١٢٨)، «رؤوس المسائل» (ص٣٩٦).

(٣) مضى تخريجه في المسألة السابقة، وقولها: «كان زوجها عبداً» في «صحيح البخاري» (٥٢٨٠ - ٥٢٨٢).

(٤) ما قرره المصنف صحيح، وكان زوج بريرة عبداً، كما في «صحيح مسلم» (٢ / ١١٤٣ ـ ١١٤٤)، وأما ما وقع في الرواية: «وكان زوجها حراً» فهو من قول الأسود، قال البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب خيار الأمة تحت العبد وقول ابن عباس: «رأيته عبداً أصح»). وانظر لزاماً: «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ١٩٧ ـ ١٩٨)، «السنن الكبرى» (٧ / ٢٢٤).

مسألة ١١٨٥

يثبت الخيار للمرأة بالعنة والاعتراض[(١)] خلافاً لداود[(٢)] لإجماع الصحابة على ضرب الأجل له روي ذٰلك عن عمر[(٣)] وعثمان[(٤)] وعلي[(٥)] وابن مسعود[(٦)] وغيرهم[(٧)]؛ ولأنه عيب يمنع المقصود بالعقد وهو الاستمتاع فوجب أن يثبت لها الخيار فيه أصله الجب والخصاء[(٨)].

مسألة ١١٨٦

فهل يفسد النكاح بفساد المهر فيه روايتان[(٩)]:

إحداهما: أنه لا يفسد، وهو قول أبي حنيفة[(١٠)] والشافعي[(١١)].

---

(١) «جامع الأمهات» (ص ٢٧١)، «معين الحكام» (١ / ٢٢٨)، وما تقدم في التعليق (١١٨١).

(٢) انظر «حلية العلماء» (٦ / ٤٠٨).
وهٰذا رواية عن أحمد. انظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٩١).

(٣) أخرج عبدالرزاق (٦ / ٢٥٣ رقم ١٠٧٢٠، ١٠٧٢١، ١٠٧٢٢)، وابن أبي شيبة (٣ / ٣٣١) في «مصنفيهما»، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٢٢٦) أنه قضى في الذي لا يستطيع النساء أن يؤجَّل سنة.

(٤) نقله عنه ابن قدامة في «المغني» (٦ / ٦٦٧).

(٥) أخرج عبدالرزاق (٦ / ٢٥٤ رقم ١٠٧٢٥)، وابن أبي شيبة (٣ / ٣٣٠) في «مصنفيهما»، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٢٢٧) من طريقين عن علي قال: «يؤجَّل العنِّين سنة، فإن أصابها، وإلا فهي أحق بنفسها»، وفيه ضعف.

(٦) أخرج عبدالرزاق (٦ / ٢٥٣ رقم ١٠٧٢٢، ١٠٧٢٣)، وابن أبي شيبة (٣ / ٣٣١) في «مصنفيهما»، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٢٢٦) قال: «يؤجَّل العنين سنة، فإنْ دخل بها، وإلا فرقّ بينهما».

(٧) كالمغيرة بن شعبة، عند عبدالرزاق (٦ / ٢٥٤ رقم ١٠٧٢٤)، وابن أبي شيبة (٣ / ٣٣١)، والبيهقي (٧ / ٢٢٦).

(٨) ما اختاره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٩) «المدونة» (٢ / ١٧٠)، «التفريع» (٢ / ٣٧ ـ ٤١)، «الكافي» (٢٤٩)، «المعونة» (٢ / ٧٥١ ـ ٧٥٢)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٣)، «المنتقى» (٣ / ٢٧٥)، «القوانين» (١٧٤) لابن جزي، «الخرشي» (٣ / ١٧٢).

(١٠) «مختصر الطحاوي» (١٨٦ ـ ١٨٧)، «فتح القدير» (٣/ ٣١٧، ٣٢٤، ٣٢٥)، «شرح العيني» (١/ ١٢٩).

(١١) «الأم» (٥ / ٤٧ ـ ٥٧)، «المهذب» (٢ / ٧٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٤٤)، «إخلاص الناوي» (٣ / ١٢٨).

والثانية: أنه يفسد[(١)].

فوجه القول بأنه لا يفسد: أن النكاح والمهر عقدان، بدليل أنه يتأخر المهر عن العقد في المفوضة، وإذا كان كذٰلك ففساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر؛ كالبيع والنكاح؛ ولأنه إذا عقد على خمر أو خنزير كان ذٰلك بمنزلة العقد بغير مهر أصلاً؛ لأنَّ الخمر والخنزير لا يصلح تمليكهما أصلاً، فكان كمن لم يسم مهراً أصلاً، وعدم تسمية المهر عند العقد لا تمنع صحته كالتفويض؛ ولأنه عقد لو صح المهر لصح؛ فوجب أن يصح وإن لم يصح المهر كالعقد على غير مغصوب.

ووجه القول بأنه يفسد العقد قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤] فأخبر أن من شرط الإباحة أن يبتغيها بالمال وهٰذا ابتغاء بغير مال؛ ولأنه عقد معاوضة فوجب متى حصل العوض فيه خمراً أو خنزيراً أن لا يصح العقد كسائر عقود المعاوضات؛ ولأن العوض في النكاح آكد، بدليل أنه يجب لحق الله تعالى فكان فساد العقد بفساده أولى منه في سائر العقود[(٢)].

---

(١) «التفريع» (٢ / ٣٧ ـ ٤١)، «الكافي» (٢٤٩)، «المعونة» (٢ / ٧٥١ ـ ٧٥٢)، «القوانين» (١٧٤)، «الخرشي» (٣ / ١٧٢) وهٰذه رواية عن أحمد.
انظر: «المغني» (٧ / ٤٦)، «الإنصاف» (٨ / ١٦٥).

(٢) الأشبه بالنَّص والقياس الصحيح: القول ببطلان النكاح إذا شرط فيه نفي المهر. فإن الله أوجب الصداق، بخلاف ما لو لم يفرض (أي يقدر) المهر، قال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٢٩ / ٣٤٤): «والذي يثبت بالكتاب والسنة والإجماع أن النكاح ينعقد بدون فرض المهر، أي: بدون تقديره، فلا بد من مهر مسمى مفروض، أو مسكوت عن فرضه، ثم إن فرضا ما تراضيا به، وإلا فلها مهر نسائها، كما قضى به النبي ﷺ في بروع بنت واشق، وأما مع نفي المهر فإنه لا ينعقد النكاح».
قلت: حديث بروع المشار إليه، هو ما أخرجه الدارمي (٢٢٥٢)، وأبو داود (٢١١٥)، والترمذي (١١٤٥)، والنسائي (٦ / ١٢١، ١٢٢، ١٩٨)، وابن ماجه (١٨٩١)، والبيهقي (٧ / ٢٤٥) في «سننهم»، وابن أبي شيبة (٤ / ٣٠٠)، وعبدالرزاق (١٠٨٩٨، ١١٧٤٥) في «مصنفيهما»، وأحمد في «المسند» (٣ / ٤٨٠ و٤ / ٢٨٠)، وابن الجارود في «المنتقى» (٧١٨)، وابن حبان في «الصحيح» (٤٠٩٨، ٤٠٩٩ ـ «الإحسان»)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٢٠ / رقم ٥٤٣، =

مسألة ١١٨٧

أقل الصداق محدود بربع دينار أو ثلاثة دراهم[١] وقال الشافعي: لا حد له[٢]، ودليلنا أنه عضو محرم تناوله من أجل حق الله تعالى إلا بمال فوجب أن يكون أقل ذلك المال بمقدار، أصله قطع اليد في السرقة؛ ولأنه مال يستباح به العوض فوجب أن يكون لأقله تقدير في الشرع، أصله ما تقطع به اليد؛ ولأن المهر في النكاح حق لله تعالى؛ بدليل أنهما إذا تراضيا على إسقاطه لم يجز؛ فإذا ثبت ذلك وجب أن يكون مُقدَّراً كالزكوات والكفارات[٣].

= ٥٤٤، ٥٤٥)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ١٨٠) وغيرهم؛ عن عبدالله بن مسعود في رجل تزوج امرأة، فمات عنها، ولم يدخل بها، ولم يفرض لها، فقال: «لها الصداق كاملاً، وعليها العدّة، ولها الميراث» قال معقل بن سنان: سمعت رسول الله ﷺ قضى به في بَرْوَع بنت واشق. وإسناده صحيح.

(١) «المدونة» (٢ / ١٧٠)، «التفريع» (٢ / ٣٧)، «الرسالة» (١٩٦)، «الكافي» (٢٤٩)، «المعونة» (٢ / ٧٥٠)، «جامع الأمهات» (٢٧٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٨)، «الخرشي» (٣ / ٢٥٣)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٣٠ ـ ٣١).
وعند الحنفية أقله عشرة دراهم أو قيمتها.
انظر: «الجامع الكبير» (٩١)، «الاختيار» (٣ / ١٠١)، «فتح القدير» (٣ / ٣١٧)، «المبسوط» (٥ / ٨٠)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٢٠٠، ٢٠١)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٤٢٦)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٣٦)، «البحر الرائق» (٣ / ١٥٢)، «رؤوس المسائل» (٣٩٩).

(٢) «الأم» (٥ / ٥٨ ـ ٥٩)، «مختصر المزني» (ص ١٧٩)، «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ٢١١)، «السنن الكبرى» (٧ / ٢٣٧)، «الإقناع» (١٤٠ ـ ١٤١)، «مختصر المزني» (١٧٩)، «المهذب» (٢ / ٥٦)، «المنهاج» (١٠٣)، «المجموع» (١٨ / ٦)، «روضة الطالبين» (٧ / ٢٤٩)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٢٠)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٣٥)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٤٤)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٦٣ / رقم ٢٠٨).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (١٠ / ٩٩)، «الإنصاف» (٨ / ٢٢٩)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٩٣)، «كشاف القناع» (٥ / ١٢٩)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٥ ـ ٦).

(٣) لا يصار إلى التقدير إلا بالنص، وأخرج الدارقطني (٣ / ٢٤٥) من حديث جابر، وفي آخره: «ولا مهر دون عشرة دراهم» وله طرق مدارها على مبشر بن عبيد، وهو متهم.

مسألة ١١٨٨

متعة الطلاق مستحبة غير واجبة[١] خلافاً لأبي حنيفة[٢] والشافعي[٣]؛ لأن

= وانظر: تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٣٥٤٠، ٣٥٤١).
نعم، ثبت في «الصحيح» قوله ﷺ: «التمس ولو خاتماً من حديد» أي: ليصدقها زوجة. قال الشافعي: في «الأم» (٥ / ٥٩): «وخاتم الحديد لا يساوي قريباً من درهم، ولٰكن له ثمن يتبايع به».
وانظر: «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ٢١٢)، «فتح الباري» (٩ / ٧٤).

(١) «الموطأ» (٣ / ٥٧٣)، «المدونة» (٢ / ٢٣٨ ـ ط دار صادر)، «التفريع» (٢ / ٥٢)، «الكافي» (٢٥٤)، «المعونة» (٢ / ٧٨٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٣)، «المنتقى» (٤ / ٨٨)، «أحكام القرآن» (١ / ٢١٧)، «معين الحكام» (١ / ٢٨٩)، «منح الجليل» (٢ / ٣٠٦).
وهٰذا مذهب الليث بن سعد وابن أبي ليلى، أفاده ابن قدامة.

(٢) مذهبهم أن المتعة واجبة فقط للمطلقة قبل الدخول، ولم يُفرض لها صداق مُسّمى.
انظر: «مختصر الطحاوي» (١٨٤)، «المبسوط» (٦ / ٦١)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٢٠٩ ـ ٢١٠)، «اللباب» (٣ / ١٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٦٥ / رقم ٧٣٧)، «رد المحتار» (٣ / ١١٠ ـ ١١١)، «إيثار الإنصاف» (١٤٠).
وهٰذا مذهب أحمد، فكل من روى عنه قال: لا يحكم بالمتعة إلا لمن يسمّ لها مهر، إلا حنبلاً، روى عن أحمد إن لكل مطلقة متاعاً، قال أبو بكر: «والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها».
انظر: «المغني» (٨ / ٤٩)، «المبدع» (٧ / ١٦٩)، «الإنصاف» (٨ / ٣٠٠)، «حاشية الروض المربع» (٦ / ٣٩٦).
وهٰذا أيضاً قول ابن عمر وابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والزهري والنخعي والثوري وإسحاق، أفاده ابن قدامة. وانظر: «المحلى» (١٠ / ٢٤٥ ـ ٢٤٧)، و «مصنف ابن أبي شيبة» (٥ / ١٥٦ ـ ١٥٧).

(٣) مذهبهم كمذهب الحنفية، إلا أنهم زادوا إن طلقت بعد الدخول، فعندهم قولان: القديم: لا تجب لها المتعة، وقال في الجديد: تجب لها المتعة.
انظر: «الأم» (٥ / ٦٩)، «مختصر المزني» (١٨٤)، «المهذب» (٢ / ١٦٤)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٤١)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٦٤)، «حلية العلماء» (٦ / ٥١٠)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٨٣ رقم ٢١٣)، «إخلاص الناوي» (٣ / ١٥٦).
وذهب الحسن البصري وأبو العالية أن المتعة واجبة لكل مطلقة، دخل أو لم يدخل، فرض لها أو لم=

الطلاق تأثيره الإسقاط لا الإيجاب، بدليل أنه إذا سمى مهراً ثم طلق سقط نصفه ولم يلزمه شيء آخر فلم يجب به شيء لأن ما كان واجباً قبله قد سقط فهو عن أن يجب به شيء آخر لم يكن واجباً أبعد؛ ولأن الطلاق نوع من البينونة فلم يجب به متعة كالموت، ولأن كل امرأة لو ماتت لم يكن لها متعة كذلك إذا طلقت، أصله إذا طلَّقها قبل الدُّخول وقد سُمِّي لها؛ ولأنا لم نر في النكاح شيئاً وجب للمرأة بزوال العقد اعتباراً بسائر الواجبات؛ ولأنها عطية غير معتبر بها على وجه، فلم تكن واجبة كالهبة والصدقة[1].

مسألة ١١٨٩

إذا مات أحد الزوجين في نكاح التفويض[2] قبل الدخول توارثا ولا صداق

= يفرض.

انظر: «روح المعاني» (٢٢ / ٥١)، «نواسخ القرآن» (٢٠٩) لابن الجوزي.

وهٰذه رواية عن أحمد، كما تقدم، ومذهب الظاهرية: المتعة لمن لم يدخل بها، فرض أو لم يفرض.

انظر: «المحلى» (١٠ / ٢٤٥).

واختيار البخاري في «صحيحه» المتعة لمن لم يفرض لها، فبوَّب في «صحيحه»: (باب المتعة للتي لم يفرض لها)، ثم قال: «ولم يذكر النبي ﷺ في الملاعنة متعة حين طلقها زوجها» ثم ساق حديث الملاعنة، وليس فيه ذكر للمتعة للملاعنة، وأورد أن رسول الله ﷺ أمتع أميمة بنت شراحيل بثوبين رازقيين، وكانت قد استعاذت منه عندما دخل عليها، فقال لها: «ألحقي بأهلك».

انظر: «فتح الباري» (٩ / ٣٥٥، ٤٩٥).

(١) كل مطلقة لها متعة، دل على هٰذا ظاهر القرآن وعمومه، حيث قال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١]، وأيضاً فإنه قد قال: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، فأمر بتمتيع المطلقات قبل المسيس، ولم يخص ذٰلك بمن لم يفرض لها، مع أن غالب النساء يطلقن بعد الفرض.

انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢ / ٢٧).

(٢) قال ابن رشد في «بداية المجتهد» (٢ / ٢٥): «أجمع العلماء على أن نكاح التفويض جائز، وهو أن يعقد النكاح دون صداق، فالمفوضة هي التي لم يفرض لها صداق».

للمرأة[١] وقال أبو حنيفة: يجب لها مهر المثل بنفس العقد ويستقر وجوبه بالموت[٢] فدليلنا على أنه لا يجب بالعقد: أن كل من لم يجب لها بالطلاق شيء منه لم يجب جميعه لها بالعقد، أصله إذا تزوجها على دينار، لما كان الزائد عليه لا يجب لها منه شيء بالطلاق لم يجب لها بالعقد، كذلك مهر المثل، لمّا لم يجب لها بالطلاق شيء منه لم يجب لها بالعقد؛ ولأنها فوضت بضعها باختيارها فلم يجب لها المهر بالعقد، أصله ما زاد على مهر المثل.

ودليلنا على أنه لا يستحق بالموت مهر المثل: أنها امرأة فوَّضت بضعها تفويضاً جائزاً ثم ماتت قبل الفرض والدخول، فلم تستحق مهر المثل، أصله مع أبي حنيفة في الكتابية؛ إذا فرضت بعضها ثم ماتت قبل الفرض والمسيس، ومع الشافعي إذا طلقها قبل الدخول؛ ولأنها بينونة لو كانت [في] الكتابية لم يجب لها مهر؛ فإذا كانت في المسلمة لم يجب لها مهر كالطلاق قبل الدخول في المفوضة[٣].

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٥٢٧)، «المدونة» (٢ / ١٨١)، «التفريع» (٢ / ٥٢)، «الكافي» (٢٣٠)، «المعونة» (٢ / ٧٦٤)، «جامع الأمهات» (ص ٢٧٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٢، ٢٧)، «الخرشي» (٣ / ٢٦٠)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٣٩)، «القوانين الفقهية» (ص ٢٠٣).

(٢) «الجامع الكبير» (١٠٧، ١٠٨)، «مختصر الطحاوي» (١٨٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٦٠ رقم ٧٣١)، «الاختيار» (٣ / ١٠٢)، «فتح القدير» (٣ / ٣٢٤ـ٣٢٥)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٣٩)، «البحر الرائق» (٣ / ١٦٦ ـ ١٦٧)، «المبسوط» (٥ / ٦٢)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٢٠٦)، «رؤوس المسائل» (٤٠٢)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ١٦).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٠ / ١٤٧ ـ ١٤٩)، «الإنصاف» (٨ / ٢٩٧)، «كشاف القناع» (٥ / ١٤٠ ـ ١٤١، ١٥٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٩٧ ـ ١٩٨)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٢٦).

ومذهب الشافعية يجب لها مهر المثل مع الميراث في أحد القولين.

انظر: «الأم» (٥ / ٦٨)، «المهذب» (٢ / ٦١)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٧٣ ـ ١٧٤ رقم ٢١٠)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٣١)، «المجموع» (١٨ / ٢٧، ٢٩)، «روضة الطالبين» (٧ / ٢٨٢)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٥١).

(٣) أخرج أحمد في «المسند» (٣ / ٤٨٠ و٤ / ٢٨٠)، وعبدالرزاق (١٠٨٩٨، ١٠٨٩٩، ١٧٤٥)، =

مسألة ١١٩٠

ومهر المثل معتبر بأحوال المرأة في جمالها ومالها وشرفها دون نساء عصبتها[١] وقال أبو حنيفة: يعتبر نساء قرابتها من العصبة وغيرهن[٢] وقال الشافعي:

= وابن أبي شيبة (٤ / ٣٠٠) في «مصنفيهما»، والدارمي (٢٢٥٢)، وأبو داود (٢١١٤، ٢١١٥)، والنسائي (٦ / ١٢١، ١٢٢، ١٩٨)، والترمذي (١١٤٥)، وابن ماجه (١٨٩١)، والبيهقي (٧ / ٢٤٥) في «سننهم»، والطبراني في «الكبير» (٢٠ / رقم ٥٤٥، ٥٤٦)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٢٨٠) عن عبدالله بن مسعود أنه أتي في امرأة تزوجها رجل، ثم مات عنها، ولم يفرض لها صداقاً، ولم يكن دخل بها، فاختلفوا إليه، فقال: أرى لها مثل صداق نسائها، ولها الميراث، وعليها العدة.

فشهد معقل بن سنان الأشجعي أن النبي ﷺ قضى لبروع بنت واشق بمثل ما قضى، لفظ أحمد، وإسناده صحيح.

قال الشافعي: «وقد روي عن النبي ﷺ ـ بأبي هو وأمي ـ أنه قضى في بروع بنت واشق ـ ونكحت بغير مهر فمات زوجها ـ فقضى لها بمثل مهر نسائها، وقضى لها بالميراث، فإن كان ثبت عن النبي ﷺ فهو أولى الأمور بنا، ولا حجة في قول أحد دون النبي ﷺ ولا في قياس ولا رأي، ولا في شيء، وليس في قوله إلا طاعة الله بالتسليم له، وإن كان لا يثبت عن النبي ﷺ لم يكن لأحد أن يثبت عنه ما لم يثبت، ولم أحفظه عن وجه يثبت مثله، هو مرة يقال عن معقل بن يسار، ومرة عن معقل بن سنان، ومرة عن بعض أشجع لا يسمى. وقال: إن صح حديث بروع بنت واشق قلت به».

قال الحاكم: «لو حضرت الشافعي لقمت إليه على رؤوس أصحابه، وقلت: قد صح الحديث فَقُلْ به».

قال البيهقي: «وشيخنا أبو عبدالله إنما حكم بصحة الحديث لأن الثقة قد سمى فيه رجلاً من الصحابة، وهو معقل بن سنان، وهٰذا الخلاف في تسمية من روى قصة بَرْوَع بنت واشق عن النبي ﷺ لا يوهن الحديث؛ فإن أسانيد هٰذه الروايات صحيحة، وفي بعضها أن جماعة من أشجع شهدوا بذٰلك، فبعضهم سمى هٰذا، وبعضهم سمى هٰذا ـ يعني آخر ـ وكلهم ثقات، ولولا الثقة لمن رواه عن النبي ﷺ لما كان عبدالله بن مسعود يفرح بروايته، فإنه لما شهد عنده أن النبي ﷺ قضى بمثل ما قضيت؛ فرح بذٰلك فرحاً شديداً».

(١) «المدونة» (٢ / ١٨١ ـ ١٨٢)، «مقدمات ابن رشد» (١ / ٤٧٦)، «الكافي» (٢٥٠)، «المعونة» (٢ / ٧٥٦)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٠)، «الخرشي» (٣ / ٢٧٧).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٨٤)، «اللباب» (٣ / ١٣ ـ ١٤)، «فتح القدير» (٢ / ٤٦٨)، «إيثار الإنصاف» (١٤٠)، «شرح العيني» (١ / ١٢٩).

يعتبر نساء عصبتها فقط[١] فدليلنا أن صداق المثل يقل ويكثر ويختلف باختلاف ما ذكرناه في النساء من المال والجمال؛ لأن الإنسان يرغب في جمال المرأة فيرغب ويبذل أكثر من بذله فيمن دونها في المال والجمال لرفقه بمالها وانتفاعه به فكان ما ذكرناه هو المعتبر دون مهر نساء العصبة؛ ولأن مهر المثل بدل من منافع البضع، والإبدال إنما يقوم بحسب اختلاف الأغراض والمنافع وما له يراد ذٰلك الشيء كالبيوع؛ لأن الأثمان تختلف بالقلَّة والكثرة فكذٰلك النكاح[٢].

مسألة ١١٩١

لا يستقر ملك الزوجة على الصداق إلا بالدخول وما لم يدخل فهو مودع فلا يستحق بمجرد العقد[٣] وقال الشافعي: إذا سمي فإنها تملكه بمجرد العقد ملكاً مستقراً[٤] فدليلنا أنه لو كان ملكها عليه مستقراً لم يجز أن يسقط بعد ثبوته، ألا ترى

---

(١) «الأم» (٥ / ٧١ ـ ٧٢)، «مختصر المزني» (١٨٢)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٩٣)، «المهذب» (٢ / ٦١)، «روضة الطالبين» (٧ / ٢٨٦)، «تحفة المحتاج» (٧ / ٣٩٨)، «إخلاص الناوي» (٣ / ١٣٩)، «الأشباه والنظائر» (ص ٣٩٣).

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه، لظهور الفروق بين المرأة وقريباتها على وجه واضح، ولا سيما في هٰذه الأيام، بعد تفرق كل عشيرة في أماكن مختلفة، ولطروء عوامل كثيرة تستدعي التمايز الظاهر بين النساء خلافاً لما كان عليه غالب الناس قديماً، والله أعلم.
وانظر: «قاعدة المثلي والقيمي» (ص ١٠٨ ـ ١٠٩).

(٣) «جامع الأمهات» (ص ٢٧٦)، «الكافي» (٢٥٠)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٣٩)، «الخرشي» (٣ / ٢٦٠).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «المبسوط» (٥ / ٦٢)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٢٠٦)، «الاختيار» (٣ / ١٠٢)، «فتح القدير» (٣ / ٣٢٤ ـ ٣٢٥)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٣٩)، «البحر الرائق» (٣ / ١٦٦ ـ ١٦٧)، «رؤوس المسائل» (٤٠٢).

(٤) «الأم» (٥ / ٦٨)، «المهذب» (٢ / ٥٨، ٦١)، «الوجيز» (٢ / ٢٩)، «المجموع» (١٨ / ٢٧، ٢٩)، «روضة الطالبين» (٧ / ٢٨٢)، «المنهاج» (ص ١٠٢)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٢٤ ـ ٢٢٥)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٥٤).
وهٰذا مذهب الحنابلة.

أنه إذا دخل بها فقد وجب لها وجوباً مستقراً لا يسقط بوجه، فقد ثبت أنها لو ارتدت قبل الدخول أو اختارت نفسها بعد العتق لسقط صداقها، فعُلم أنَّ ملكها لم يكن مستقراً عليه.

مسألة ١١٩٢

إذا كان العرف جارياً في بعض البلاد بأن الزوج ينقد الصداق قبل الدخول ـ كما كان بالمدينة ـ ثم اختلفا في قبضه، فإنْ كان قبل الدخول، فالقول قولها، وإنْ كان بعد الدخول فالقول قوله[1]، وقال أبو حنيفة[2] والشافعي[3]: القول قولها في الحالين، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩] ولأن الزوج أقوى سبباً بعد الدخول لشهادة العرف له والعرف أصل يرجع إليه في اختلاف المتداعيين إذا لم يكن ما يرجع إلى غيره كالنقد والسير، والحمولة فكذٰلك ها هنا.

مسألة ١١٩٣

إذا اختلفا في قدر الصَّداق، فإنْ كان قبل الدخول تحالفا وتفاسخا، وإنْ كان بعده فالقول قول الزوج[4]، وقال الشافعي: القول قولها قبل الدخول وبعده[5] وهٰذه المسألة مبنية على اختلاف المتبايعين وقد ذكرناه؛ ولأنها لما سلمت نفسها من غير إشهاد عليه كان ذٰلك رضى منها بأمانته.

= انظر: «المغني» (١٠ / ١٤٧ ـ ١٤٩)، «الإنصاف» (٨ / ٢٩٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٩٧ ـ ١٩٨)، «كشاف القناع» (٥ / ١٤٠ ـ ١٤١، ١٥٠)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٢٦).

(١) «المدونة» (٢ / ١٨٢)، «التفريع» (٢ / ٤٣)، «الكافي» (٢٥٣)، «المعونة» (٢ / ٧٦٩)، وهو قول الفقهاء السبعة كما أفاده القفال في «حلية العلماء» (٦ / ٥٠٧).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٨٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٨٦ رقم ٧٧٠).

(٣) «الأم» (٥ / ٧٢)، «مختصر المزني» (١٨٢)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٠٦ ـ ٥٠٧).

(٤) «المدونة» (٢ / ١٨٢ ـ ١٨٣)، «التفريع» (٢ / ٤٢ ـ ٤٣)، «الرسالة» (١٩٧ ـ ١٩٨)، «الكافي» (٢٥٣ ـ ٢٥٤)، «المعونة» (٢ / ٧٦٨).

(٥) «الأم» (٥ / ٧٢)، «مختصر المزني» (١٨٢)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٠١)، «المهذب» (٢ / ٦٢).

مسألة ١١٩٤

يكره أن يكون المهر منافع يستأجر عليها كتعليم القرآن والحديث وبناء دار وما أشبه ذلك، ويصح إذا عقد عليه[١] وقال أبو حنيفة: لا يصح ذلك إن كان الزوج حراً ويجوز إن كان عبداً[٢]، ودليلنا قوله ﷺ: «قد زوجتكها بما معك من القرآن»، وفي طريق أخرى: «زوجتكها على أن تعلمها عشرين آية»[٣] ولأنها منفعة معلومة من غير معرفة فجاز أن يكون مهراً أصله العبد إذا تزوجها على خدمة نفسه[٤].

---

(١) «المدونة» (٢ / ١٧٠ ـ ١٧١)، «التفريع» (٢ / ٣٧)، «الكافي» (٢٤٩)، «المعونة» (٢ / ٧٥١)، «جامع الأمهات» (ص ٢٧٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٩)، «الخرشي» (٣ / ٢٦٢)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٣٠٩).
ومذهب الشافعية جواز جعل المنفعة مهراً.
انظر: «مختصر المزني» (ص ١٧٩)، «المهذب» (٢ / ٧٢)، «المجموع» (١٨ / ٩)، «روضة الطالبين» (٧ / ٣٠٤)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٣٨)، «الإقناع» (٢ / ٨٧)، «حاشية البيجوري» (٢ / ١٢٦)، «حاشية عميرة» (٣ / ٢٧٦)، مختصر الخلافيات» (٤ / ١٦٨ رقم ٢٠٩).

(٢) «شرح معاني الآثار» (٣ / ١٧)، «الاختيار» (٣ / ١٠٤)، «فتح القدير» (٣ / ٣٣٩)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٣٨، ١٤٥)، «البحر الرائق» (٣ / ١٦٨)، «العناية» (٣ / ٢٢٣)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٢٠٢)، «البدائع» (٣ / ١٤٢٩ ـ ١٤٣١)، «رؤوس المسائل» (٤٠٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٨٢ رقم ٧٦٤)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ١٠٧).
ومذهبهم أن المنفعة التي لها قيمة تقدر بمال، ولا تقل عن عشرة دراهم وليس فيها امتهان وتحقير للزوج تصح أن تكون مهراً للحر.
ومذهب الحنابلة المنع إلا في التي تقدر بمال، ولا حدَّ لأقل المهر عندهم.
انظر: «المغني» (١٠ / ١٠٣)، «الإنصاف» (٨ / ٢٣٤)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٩٦)، «الفروع» (٥ / ٢٦٠)، «كشاف القناع» (٥ / ١٢٩ ـ ١٣١)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٧).

(٣) أخرج مسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب الصَّداق وجواز كونه تعليم القرآن رقم ١٤٢٥) من حديث سهل بن سعد وفيه قصة، وفي آخره قوله ﷺ: «اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن».
وأخرج أبو داود في «السنن» (رقم ٢١١٢)، والدارقطني في «السنن» (٢ / ٢٤٧) من حديث أبي هريرة، وفيه: فقال: «ما تحفظ من القرآن؟» قال: «سورة البقرة والتي تليها» قال: «قم، فعلِّمها عشرين آية، وهي امرأتك».

(٤) الراجح جواز جعل الصدقة منفعة تقوَّم بالمال، أو تعليم القرآن، أو غيره من العلوم التي يعتبر =

مسألة ١١٩٥

إذا طلقت البكر قبل الدخول فللأب أن يعفو عن النصف الواجب لها وهو الذي بيده عقدة النكاح[(١)] وقال أبو حنيفة[(٢)] والشافعي[(٣)]: ليس له العفو، والمراد بالآية الزوج، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ إلى قوله ﴿عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]؛ ففيه أدلة:

أحدها: أن ابتداء الخطاب بالمواجهة وهو للأزواج، وقوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] كناية للغائب، فيجب أن يكون المراد به غير من وجه بالخطاب، وإذا ثبت ذلك لم يبق إلا ما نقوله.

= تعلمها طاعة أو منفعة لا يكون فيها امتهان وتحقير للزوج.
انظر: «الاختيارات الفقهية» (ص ٣٩٢)، «زاد المعاد» (٥ / ١٧٨ ـ ١٧٩)، «ترجيحات شيخ الإسلام ابن تيمية في النكاح» (ص ٢٩٥ ـ ٣٠٩)، «نيل الأوطار» (٦ / ١٩٣ ـ ١٩٤).

(١) «الموطأ» (٢ / ٦٥ ـ مع «تنوير الحوالك») أو (٢ / ٥٢٨ ـ رواية يحيى)، «المدونة» (٢ / ١٦٠ ـ ط دار صادر)، «التفريع» (٢ / ٥٠ ـ ٥١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٥)، «أحكام القرآن» (١ / ٢٢٢)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٢٠٧) ـ وأفاد أن في رواية ابن وهب وأشهب وابن عبدالحكم وابن القاسم عن مالك أنه الأب في ابنته البكر والسيد في أمته ـ، «حاشية العدوي» (٢ / ٨٠ ـ ٨١).
وهذا مذهب الشافعية القديم.
انظر: «المهذب» (٢ / ٧٧)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٧٧).
وهي رواية عن أحمد، واختيار ابن تيمية.
انظر: «الإنصاف» (٨ / ٢٧١)، «المغني» (١٠ / ١٦٠)، «الاختيارات الفقهية» (ص ٤٠٨).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٨٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٦٣ رقم ٧٣٤)، «أحكام القرآن» (١ / ٤٣٩) كلاهما للجصاص، «المبسوط» (٦ / ٦٣)، «بدائع الصنائع» (٢ / ٢٩٠)، «حاشية ابن عابدين» (٢ / ٤٦٤).

(٣) «الأم» (٥ / ٧٤)، «مختصر المزني» (١٨٣)، «السنن الكبرى» (٧ / ٢٥١)، «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ٢٤١)، «المهذب» (٢ / ٧٧)، «روضة الطالبين» (٧ / ٣١٦)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٤٠)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٨٦)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٧٧ رقم ٢١١).
وهذا هو مشهور مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (١٠ / ١٦٠)، «الإنصاف» (٨ / ٢٨١)، «الفروع» (٥ / ٢٨٥).

والثاني: إن قوله ﴿أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ يفيد أن يكون الذي بيده في الحال، والزوج ليس بيده بعد الطلاق شيء.

والثالث: أن حقيقة العطف عود على المعطوف عليه في الشيء الذي أريد بالعطف، وقد ثبت أن قوله ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧] المراد به النصف الواجب للمطلقات فسقط عن الزوج، فلما عطف بحرف أو كان حقيقته عفواً على ذٰلك النصف وفي حمله على الزوج حمل له على العفو عن نصف آخر، وذٰلك خلاف الظاهر.

والرابع: أن في حملها على ما قلناه سلامتها من التكرار، وفي حملها على الزوج تكرار؛ لأنه قد توجه ثبوت الخطاب إليه بالعفو بقوله ﴿وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فكان ما قلناه أولى.

والخامس: أن الله تعالى ندب إلى العفو من كلا الطرفين، فندب الأزواج بقوله: ﴿وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولم يفصل؛ لأنهم يملكون أنفسهم، ثم لما ندب النساء وكن ينقسمن إلى ثيب يملكن أنفسهنَّ، ولا حجر عليهنَّ، وإلى أبكار يولَّى عليهنّ، خاطب الثيب بإيقاع العفو منهنّ، وامتنع ذٰلك في الأبكار، فعدل إلى الأولياء المالكين أمورهنّ وهم الأباء، ومتى جعلناه للأزواج أخرجنا الأبكار من حيز من يندب إلى العفو؛ ولأنهن أحد نوعي الزوجات، فجاز أن يلحقهن الندب إلى العفو عن نصف الصداق كالثيب؛ ولأنها أحد الزوجين، فلحقها العفو عموماً كالزوج؛ ولأنه ولي يملك الإجبار فجاز له العفو عن صداق من يملك إجبارها، أصله السيد في أمته[1].

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وذكر ابن العربي في «أحكامه» (١ / ٢١٩ ـ ٢٢٢) نحوه، ونسب هٰذا لابن عباس والحسن وعكرمة وطاوس وعطاء وأبي الزناد وزيد بن أسلم، وربيعة وعلقمة ومحمد بن كعب وابن شهاب والأسود وشريح الكندي والشعبي وقتادة.
وانظر تفصيل ذٰلك في: «سنن سعيد بن منصور» (٣ / ٨٨٣ ـ ٨٩١)، «المغني» (١٠ / ١٦٠)، «مجموع الفتاوى» (٣٢ / ٢٦) لابن تيمية.

مسألة ١١٩٦

للأب أن يزوج البكر بأقل من صداق مثلها إذا رآه نظراً[(١)] خلافاً للشافعي[(٢)]؛ لأن الأب لما كان هو الناظر لها والقيم بمصلحتها وكان غيرَ متَّهم عليها في إسقاط حقها وكان المقصود من النكاح العفة والصلاح دون المتاجرة والأرباح؛ جاز له إنكاحها بمهر مثلها وأقلّ وأكثر؛ لأنه لا يمنع أن يرى ذلك حظّاً بأن يختار لها من يحسن عشرتها ويلحقها من برِّه وحُسن معاملته ما يوفي على قدر ما يحطّ من صداق المثل إذا كان هذا المعنى هو المقصود بالعقد؛ ولأنا قد دللنا على أن له العفو عن نصف الصداق في حقِّها، فنقول: كلُّ مَنْ جاز له العفو عن نصف صداقها جاز له إنكاحها على دون صداق مثلها كالأمة[(٣)].

مسألة ١١٩٧

إذا وهبت له[(٤)] صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا شيء له عليها[(٥)] وقال الشافعي: في أحد قوليه يرجع عليها بنصف قيمته[(٦)] فدليلنا قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فبين أن الزوج يستحق النصف بحيث

---

(١) «المدونة» (٢ / ١٤٢ ـ ١٤٣)، «التفريع» (٢ / ٥١)، «الرسالة» (١٩٦ ـ ١٩٧)، «الكافي» (٢٥٤)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٠)، «المعونة» (٢ / ٧٣٦) ـ وفيه: «حظاً» بدل «نظراً» ـ.

(٢) الراجح عندهم: أن المسمى يكون فاسداً، ويقع النكاح صحيحاً ولها على الزوج مهر المثل، وهذا أظهر قولي الشافعي، أفاده النووي في «المنهاج» (١٠٢).
وانظر: «الأم» (٥ / ٧٠)، «مختصر المزني» (١٨٣)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٤٥)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٥٦)، «إخلاص الناوي» (٣ / ١٣٢).

(٣) ما قرره المصنف قويّ ووجيه، وهو مليح غاية، وهو مذهب الحنفية أيضاً.
انظر: «مختصر الطحاوي» (ص ١٧٣)، «مختصر القدوري» (ص ٦٩)، «المبسوط» (٤ / ٢٢٤ ـ ٢٢٥)، «رؤوس المسائل» (ص ٣٧٧).

(٤) في الأصل: «لها»!!

(٥) «المدونة» (٢ / ١٧٥ ـ ١٧٦)، «التفريع» (٢ / ٣٩ ـ ٤٠)، «المعونة» (٢ / ٧٦٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٢).

(٦) «الأم» (٥ / ٧٤)، «مختصر المزني» (١٨٣)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٨٠)، «المهذب» (٢ / ٦٠).

تستحق المرأة النصف؛ لأنه قرن ذلك بالحال التي تملك فيها العفو، وذلك لا يكون إلا مع بقاء الصداق على ملكها؛ ولأن كل امرأة لم يحصل لها بالطلاق نصف الصداق من جهة الزوج لم يستحق الزوج عليها نصفاً آخر، أصله إذا لم يُسمِّ صداقاً؛ ولأن الصداق بهبتها إياه قد صار ملكاً له فلو استحق عليها بكل النصف لكان قد حصل له البدل والمبدل، وذلك خلاف الأصول.

مسألة ١١٩٨

إذا أسلمت نفسها قبل قبض الصداق ودخل بها لم يكن لها أن تمتنع بعد ذلك من التسليم[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢]؛ لأنه تسليم يستقر به البدل؛ فوجب أن يسقط حكم الامتناع، كتسليم السلعة في البيع[٣].

مسألة ١١٩٩

الصحيح من المذهب أن الخلوة لا توجب إكمال المهر فإن ذلك لا يجب إلا بالوطء[٤] خلافاً لأبي

---

(١) «المعونة» (٢ / ٧٦٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٠)، «معين الحكام» (١ / ١٧٧)، «شرح الزرقاني» (٤ / ٦).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٨٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٨٥ رقم ٧٦٩)، «البناية» (٤ / ٢٥٤ ـ ٢٥٥)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ١٤٣).

(٣) في «نوادر الفقهاء» (ص ٨٨ ـ ٨٩): «وأجمعوا أن الزوجة إذا أباحت للزوج الدخول عليها قبل قبض عاجل الصداق، ثم أرادت منعه من الدخول بعد ذلك حتى تقبضه، لم يكن لها ذلك، وأجبرت كل المقام بعده، إلا أبا حنيفة ـ رضي الله عنه ـ فإنه جعله من حقها».
قلت: وإليه ذهب أبو عبدالله بن حامد من الشافعية، ونقل ابن قدامة توقف الإمام أحمد في المسألة.
انظر: «المغني» (٦ / ٧٣٨)، «روضة الطالبين» (٧ / ٢٦٠)، «تكملة المجموع» (١٦ / ٣٤١)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٦١)، «الإفصاح» (٢ / ١٣٩)، «المحلى» (٩ / ٤٨٨)، «تقرير القواعد» (٣ / ٢٤ ـ ٢٥ ـ تحقيقي) لابن رجب.

(٤) «الموطأ» (٢ / ٥٢٨)، «المدونة» (٢ / ٢٢٢)، «التفريع» (٢ / ١١٠)، «الكافي» (٢٥١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٢)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٢٢٢ ـ ٢٢٤)، «المنتقى» (٣ / ٢٩٢ ـ ٢٩٣)، =

حنيفة[١] لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وهٰذا مطلق قبل المسيس؛ ولأنها خلوة تعرت من الإصابة لم يجب لها استقرار المهر، أصله إذا خلا بها وهو صائم أو محرم؛ ولأنه طلاق قبل الإصابة فوجب أن لا يكمل به الصداق، أصله إذا طلق من غير خلوة، ولأن الوطء يتعلق به أحكام كثيرة كالحد والحصانة والتحليل للزوج الأول والغسل ووجدنا الخلوة لا يتعلق بها شيء من ذٰلك فكذٰلك يجب ألا يتعلق بها كمال المهر، ولأن كل ما لا يجب به المهر في النكاح الفاسد لم يستقر في النكاح الصحيح، أصله اللمس لغير لذة[٢].

= «المعونة» (٢ / ٨٦٥)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨١)، «الخرشي» (٣ / ٢٤٤، ٢٦٠)، «تفسير القرطبي» (٥ / ١٠٢)، «حاشية زروق» (٢ / ٥٨).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «مسند الشافعي» (٢ / ٩)، «مختصر المزني» (ص ١٨٣)، «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ٢٤٥)، «السنن الكبرى» (٧ / ٢٥٥)، «المهذب» (٢ / ٥٧ ـ ٥٨)، «المجموع» (١٨ / ٢٨)، «روضة الطالبين» (٧ / ٢٦٣)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٢٤ ـ ٢٢٥)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٣٨)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٨٠ رقم ٢١٢)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٥٩).

(١) «الاختيار» (٣ / ١٠٣)، «فتح القدير» (٣ / ٣٣١)، «البناية» (٤ / ٢٠٢)، «عمدة القاري» (٢١ / ١٠)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٣٨، ١٤٢، ١٤٤)، «البحر الرائق» (٣ / ١٣٨)، «اللباب» (٣ / ٢٥)، «تحفة الفقهاء» (١ / ١٤٠)، «المبسوط» (٥ / ١٤٨ ـ ١٤٩)، «الفتاوى الهندية» (٦ / ١٧١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٤٨ / رقم ٨٤٢)، «أحكام القرآن» (١ / ٤٢٧) كلاهما للجصاص، «رؤوس المسائل» (ص ٤٠١)، «إيثار الإنصاف» (١٤٤)، «طريقة الخلاف في الفقه» (٩٧ ـ ٩٦).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٩ / ٥٣٣ و١٠ / ١٥٣)، «الإنصاف» (٨ / ٣٠٥ ـ ٣٠٦ و٩ / ٣٧٠)، «الفروع» (٥ / ٣٢٤)، «المبدع» (٧ / ١٧٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٩٩)، «كشاف القناع» (٥ / ١٥١)، «منار السبيل» (٢ / ١٩٧)، «حاشية الروض المربع» (٦ / ٣٩٦).

(٢) ثبت عن الخلفاء الراشدين المهديين أنهم قضوا إذا أغلق الباب وأرخى الستر، فقد وجب الصداق، فهو الراجح، وفيه ستر عما يلجأ إليه من يريد التحاكم في قضية الدخول وعدمه، وذهابهم إلى الطب الشرعي.

مسألة ١٢٠٠

إذا حصلت الخلوة فادعت أنه وطيء فأنكره فالصحيح من المذهب أن القول قولها[١]؛ لأن ذٰلك مما لا يمكن لها الإشهاد عليه والتوثق بإحضار البينة فيه والأصول موضوعة على أن ما تعلق بالزوجة مما هٰذا سبيله أن القول قولها في حصوله؛ لأن الضرورة تدعو إلى ائتمانها عليه وإن آل إلى إسقاط حق الزوج وإيجاب شيء عليه كالعدة؛ ولأن التمكين إذا حصل ووقع الاختلاف في الفعل فالقول قول مدعي إثباته دون نافيه كالعنِّين إذا أمكن من زوجته وادَّعى أنه أصاب وأنكرت؛ ولأنَّ العُرف شاهد بما تدَّعيه؛ لأن الغالب من حال الرجل إذا خلا بزوجة جديدة وكان صحيحاً سليم الحواس أنه يطأ، فكان القول قول من يشهد له العرف؛ ولأن المتداعيين إذا قوي سبب أحدهما بشهادة العرف له أو لغير ذٰلك مما يقوى به على خصمه فإن اليمين في جهته، أصله صاحب البينة[٢].

= وانظر: الآثار الواردة في هٰذا: «الموطأ» (١ / ٥٢٨)، «مصنف عبدالرزاق» (٦ / ٢٨٥)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٤ / ٣٢٤ ـ ٣٢٥)، «السنن الكبرى» (٧ / ٢٥٥)، «اختلاف العلماء» (ص ١٥٧)، «المحلى» (٩ / ٤٨٢ ـ ٤٨٥)، «نوادر الفقهاء» (٨٩ ـ ٩٠)، «فتح الباري» (٩ / ٤٣٥)، «الإرواء» (٦ / ٣٥٦)، «الخلوة وأحكامها في الفقه» (ص ٤٢ ـ ٤٣).

(١) «المدونة» (٢ / ٢٢٢ ـ ٢٢٤)، «التفريع» (٢ / ١١٠)، «الكافي» (٢٥٣ ـ ٢٥٤)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨١)، «معين الحكام» (١ / ٢٢٨، ٢٩٥)، «المعونة» (٢ / ٨٦٥) ـ وفيه: «فيها ثلاث روايات:

إحداها: أن القول قولها جملة من غير تفصيل.

والأخرى: أنه إن كان ذٰلك في منزلها فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن دخول بناء، وإن كان في منزله فالقول قولها مع يمينها.

والثالثة: أنها إن كانت ثيباً فالقول قولها مع يمينها، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء، فإن رأين أثر افتضاض صُدِّقت عليه، وإن لم يرين، لم يكن لها إلا نصف الصداق».

وفي «الموطأ» (٢ / ٥٢٩): «إذا دخل عليها في بيتها، فقالت: قد مسَّني، وقال: لم أمسَّها، صُدِّقت عليها، فإنْ دخلت عليه في بيته فقال: لم أمسَّها. وقالت: قد مسني، صُدِّقت عليه»

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وإليه ذهب زيد بن ثابت، إذ قضى في رجل يخلو بالمرأة، فيقول: لم أمسها، فتقول: قد مسني، قال زيد: «القول قولها»

انظر: «السنن الكبرى» (٧ / ٢٥٦)، «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ٢٤٤) كلاهما للبيهقي.

مسألة ١٢٠١

يجوز أن يتزوجها على عبد مطلق أو على وصيفة، أو جهاز بيت ويكون لها الوسط من ذلك[١] وقال الشافعي: لا يجوز ذلك[٢]، ودليلنا قوله ﷺ: «ما تراضى عليه الأهلون جاز»[٣]، ولأن النكاح لما لم يكن العوض مقصوداً فيه بدليل أنه لا يفسد بفساده ويحل صحة العقد مع عدم ذكره، جاز أن يسقط تعيينه وصفته إن كان

---

(١) «المدونة» (٢ / ١٧٠ ـ ١٧١)، «التفريع» (٢ / ٣٧ ـ ٣٨)، «المعونة» (٢ / ٧٦١)، «القوانين» (١٩٧)، «مقدمات ابن رشد» (٢ / ٤١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٢٤)، «الكافي» (١٥٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٧٥)، «معين الحكام» (١ / ١٨١، ٢٧٤)، «الفروق» (١ / ١٥٠ ـ ١٥١)، «تهذيب الفروق» (١ / ١٧١)، «جواهر الإكليل» (١ / ٣٠٦).

وهذا مذهب الحنفية. انظر: «تحفة الفقهاء» (٢ / ٢٠٤ ـ ٢٠٥)، «بدائع الصنائع» (٢ / ٢٨٢ ـ ٢٨٣)، «كشف الحقائق» (١ / ١٧٧)، «البحر الرائق» (٣ / ١٧٥)، «مجمع الأنهر» (١ / ٣٤٧)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ١٢٨ ـ ١٢٩).

(٢) «الأم» (٥ / ٥٨ ـ ٥٩)، «المهذب» (١ / ٥٧)، «التنبيه» (١٠٧)، «الإقناع» (١٤٠ ـ ١٤١)، «حلية العلماء» (٦ / ٤٤٤)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٢٠)، «حاشية البيجوري» (٢ / ١٢٦)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٣٥)، «إعانة الطالبين» (٣ / ٣٤٧ ـ ٣٤٨)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣ / ٧٦)، «فتح الوهاب» (٥٥٢).

ونحوه مذهب الحنابلة. انظر: «الفروع» (٣ / ٨٩)، «المغني» (٧ / ٢٢٢)، «كشاف القناع» (٥ / ١٢٩، ١٣٣)، «هداية الراغب» (٤٦٦)، «الروض المربع» (٢٨٠).

(٣) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٦ / ١٨١)، والطبراني في «الكبير» (١٢ / ٣٣٩)، والدارقطني (٣ / ٢٤٤)، والبيهقي (٧ / ٢٣٩) كلاهما في «السنن» من طريق محمد بن عبدالرحمن بن البيلماني عن أبيه عن ابن عباس رفعه، بلفظ: «ما تراضى عليه الأهلون، ولو قضيب من أراك».

وإسناده ضعيف جداً. فيه محمد بن عبدالرحمن، منكر الحديث.

وأخرجه أبو داود في «المراسيل» (رقم ٢١٥) وابن أبي حاتم في «التفسير» (٣ / ٨٦١ رقم ٤٧٦٧) وابن مردويه ـ كما في «تفسير ابن كثير» (٢ / ١٨٦) ـ، والبيهقي (٧ / ٢٣٨) عن ابن البيلماني مرسلاً، وهو أصح.

انظر: «بيان الوهم والإيهام» (٢ / ١٤٩ - ١٥٠ و٣ / ٣٥، ٩٣، ٥٠٣ - ٥٠٤)، «التحقيق» (٢ / ٢٨١)، «نصب الراية» (٣ / ٢٠٠)، «التلخيص الحبير» (٣ / ٢١٥)، تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٣٥٣٩).

هناك طريق يوصل إليه غيره، وبذٰلك فارق البيع؛ لأن الغرض منه المعاينة والمكايسة، بدليل أن الإخلال بذكره عند العقد مفسد له[١].

مسألة ١٢٠٢

إذا اشترت بالصداق جهازاً أو ما يصلحها ويصلح زوجها مما جرى من العرف في موضعها بأن المرأة تتجهز به للرجل ثم طلقها قبل الدخول، فله نصف ما اشترت ولا يلزمها أن تغرم له عيناً[٢]، وقال أبو حنيفة[٣] والشافعي[٤]: عليها أن ترد له نصف العين التي قبضت منه. فدليلنا أن العرف إذا كان جارياً في موضعها بأن المرأة تتجهز للرجل وأنه يلتمس ذٰلك منها فعليه دخلا[٥] فكأنها فعلت ذٰلك بأمره؛ لأنه قد علم أنها تتصرف فيه فكان كما لو صرح فقال: قد أذنت لك أن تشتري بصداقك جهازاً ولو فعل ذٰلك لم يكن له إلا نصف ما اشترته، ودليلنا على وجوب تجهيز المرأة للزوج إذا كان العرف عندهم جارياً بذٰلك قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩]؛ ولأنه ﷺ أخذ صداق فاطمة عليها السلام فصرفه في جهازها من طيب وفرش وغير ذٰلك[٦]؛ ولأن علياً رضي الله عنه قضى بذٰلك في قضية ارتفع إليه فيها،

---

(١) ما قرره المصنف وجيه وقوي، لأنه لا يضر جهل يسير ولا غرر يرجى زواله ولا سيما في هٰذه المسألة، إذ جنس المهر ونوعه كان معلوماً، فالمسمَّى مال معلوم موصوف، والنكاح مبناه على المسامحة والمروءة والمكارمة، فجهالته لا تفضي إلى المنازعة.
وانظر: «نظرية الغرر» (٢ / ١٩٠ ـ ٢٠١).

(٢) «الموطأ» (٢ / ٥٢٧)، «المدونة» (٢ / ١٧٧ ـ ١٧٩)، «التفريع» (٢ / ٤١)، «الكافي» (٢٥٢)، «المعونة» (٢ / ٧٥٥)، «معين الحكام» (١ / ٢٨٩)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٢٩٣).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٨٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٧٥ رقم ٧٥٢)، «الأشباه والنظائر» (ص ٣٦٦) لابن نجيم.

(٤) «الأم» (٥ / ٦١ ـ ٦٢)، «روضة الطالبين» (٧ / ٢٥١)، «الأشباه والنظائر» (ص ١٩١) للسيوطي، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٢١).

(٥) في «المعونة»: «لأنه على ذٰلك دخل»، ولعله الصواب.

(٦) خرجته بتفصيل في تعليقي على «المجالسة» (١٣٦٠، ١٣٦١، ٣٣٦٤)، وله طريقان آخران عند البيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٢٥٢).
وانظر: «مجمع الزوائد» (٦ / ٢٨).

فقضى على الأب بوجوب تجهيز ابنته، وقال الزوج لما طلَّق فطلب نصف ما دفع فقال: آخذ صوفاً وخرقاً وقد أعطيت دراهم؟! قال: أنت أضعت مالك[1] ولم يخالف عليه أحد.

مسألة ١٢٠٣

القسم بين الزوجات للحرة والأمة سواء[2] وعنه رواية أخرى أنه يفضل بينهما[3] وهو قول أبي حنيفة[4] والشافعي[5] فدليلنا على التسوية قوله ﷺ: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل[6]» ولأنها مساوية لها في الزوجية فوجب مساواتها لها في القسم كالحرة؛ ولأن نقصها عن رتبتها لا

---

(١) أخرجه عبدالرزاق (٦ / ٢٥٢ رقم ١٠٧١٣، ١٠٧١٤، ١٠٧١٥)، وابن أبي شيبة (٣ / ٣١٧، ٤٣٩) مختصراً، وأخرج ابن عساكر ـ كما في «الكنز» (٥ / ٨٤٠ رقم ١٤٥٢٦)ـ، عند قوله: «أنت أضعت مالك».

(٢) «الكافي» (٢٥٧)، «الخرشي» (٣/ ٤).
وهٰذا مذهب الظاهرية. انظر: «المحلى» (١٠ / ٤١).

(٣) «المدونة» (٢ / ١٩٩)، «التفريع» (٢ / ٦٧)، «الرسالة» (٢٠٠ ـ ٢٠٣)، «الكافي» (٢٥٦ ـ ٢٥٧)، «المعونة» (٢ / ٨١٨)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٦).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٨٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٩٥ رقم ٧٨٤)، «المبسوط» (٥ / ٢١٨)، «الاختيار» (٣ / ١١٧)، «فتح القدير» (٣/ ٤٣٥)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٨٠)، «البحر الرائق» (٣/ ٢٣٦)، «شرح العيني» (١ / ١٣٦).

(٥) «مختصر المزني» (١٩٠)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٢٧)، «المهذب» (٢ / ٦٨)، «المجموع» (١٨ / ١٢٢ ـ ١٢٣)، «روضة الطالبين» (٧ / ٣٥٤)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢٥٥).
وهٰذا مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (١٠ / ٢٤٦)، «الإنصاف» (٨ / ٣٦٥)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٠٢)، «كشاف القناع» (٥ / ١٩١)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٤٥).

(٦) أخرجه الطيالسي (٢٤٥٤)، وأحمد (٢ / ٢٩٥، ٣٤٧، ٤٧٢) في «مسنديهما»، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤ / ٣٨٨)، والدارمي (٢٢١٢)، والترمذي (١١٤١)، وفي «العلل» (١٦٥ - ١٦٦)، وأبو داود (٢١٣٣)، والنسائي (٧ / ٦٣)، وابن ماجه (١٩٦٩)، والبيهقي (٧ / ٢٩٧)، في «سننهم»، وابن الجارود (٧٢٢)، وابن حبان (٤٢٠٧)، والحاكم (٢ / ١٨٦) في «صحاحهم»، والطحاوي في «المشكل» (٢٣٦١)، وأبو نعيم في «أخبار أصبهان» (١ / ٣٢٨) في حديث أبي هريرة. وإسناده صحيح.

يوجب نقصانها عنها في القسم كالذمية[١].

مسألة ١٢٠٤

إذا تزوج امرأة وعنده غيرها فإن كانت بكراً كان له أن يقيم عندها سبعاً ولا يقضي وإن كانت ثيباً فثلاثاً ولا يقضي[٢] وقال أبو حنيفة: يقضي باقي نسائه[٣] فدليلنا ما روى أنس أن رسول الله ﷺ قال: «للبكر سبع، وللثيب ثلاث»[٤]. فأضاف ذلك إليهما فاقتضى ذلك اختصاصهما به، وقوله ﷺ لأم سلمة: «ليس بك على أهلك هوانٌ، إنْ شئتِ سَبَّعتُ عندكِ وسبَّعتُ عندهنّ وإنْ شئتِ ثلَّثتُ عندكِ، ودُرْتُ»[٥]. فأخبر أن الثلاث لا تقضى في حق الثيب؛ ولأن القسم مستحق على قدر حصول الاستمتاع للزوج من المرأة، ومعلوم أن الجديدة أوفر في ذلك من غيرها للعادة فإن النفس تتشوق إليها أكثر فكان ذلك حقاً لها على سائر نسائه[٦].

---

(١) وردت آثار عن علي وبعض السلف تؤكد صحة ما ذهب إليه الجمهور.
انظرها في: «سنن سعيد بن منصور» (٧٢٢)، «سنن الدارقطني» (٣ / ٢٨٥).

(٢) «الموطأ» (١ / ٥٣٠)، «المدونة» (٢ / ١٩٧ ـ ١٩٨)، «التفريع» (٢ / ٦٥)، «الرسالة» (٢٠٣)، «الكافي» (٢٥٦)، «المعونة» (٢ / ٨١٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٦)، «بداية المجتهد» (٢ / ٥٦)، «الخرشي» (٣ / ٤).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٩٠)، «اللباب» (٣ / ٣٠)، «المبسوط» (٥ / ٢١٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٢٩٥)، «الاختيار» (٣ / ١١٦)، «فتح القدير» (٣ / ٤٣٣)، «تبيين الحقائق» (٢ / ١٧٩)، «البحر الرائق» (٣ / ٢٣٥)، «شرح العيني» (١ / ١٣٦)، «عمدة القاري» (٢٠ / ٢٠١).

(٤) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزواج، رقم ١٤٦٠ بعد ٤١)، وبنحوه في «صحيح البخاري» (٥٢١٣، ٥٢١٤) عن أنس.

(٥) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزواج، رقم ١٤٦٠ بعد ٤٢).

(٦) ما قرره المصنف قوي ووجيه، ذلك أن البكر لما فيها من الخفر والحياء تحتاج إلى فضل إمهال وصبر وحسن تأنٍّ ورفق، ليتوصل الزوج إلى الأرب منها. والثيّب قد جربت الأزواج وارتضت بصحبة الرجال، فالحاجة إلى ذلك في أمرها أقل؛ إلا أنها تخص بالثلاث تكرمة لها، وتأسيساً للألفة فيما بينه وبينها. قاله الخطابي في «معالم السنن» (٣ / ٥٧ ـ مع «مختصر السنن»).
وانظر: «زاد المعاد» (٥ / ١٥١)، «المحلى» (٩ / ٢١١ ـ ٢١٢)، «شرح السنة» (٩ / ١٥٦)، =

مسألة ١٢٠٥

إذا بعث الحاكم الحكمين عند حصول الشقاق بين الزوجين فعلا ما يريانه من صلاح وطلاق أو خلع ولا يعتبر رضا الزوجين وكان ذلك حكماً لا وكالة[١] وقال أبو حنيفة: يكون وكالة يفتقر إلى رضاهما[٢]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ [النساء: ٣٥] فخاطب غير الزوجين؛ ولأن الخطاب الوارد بالأحكام وتنفيذها ينصرف إلى الأئمة والحكام دون أهل الخصومات، ولأن تسميتهما بأنهما حكمان ينفي كونهما وكيلين، وقول علي رضي الله عنه للحكمين: «أتدريان ما عليكما إنْ رأيتما أنْ تصلحا أصلحتما، وإنْ رأيتما أن يفرقا فرقتما»[٣]. ولم يشترط رضا الزوجين؛ ولأن للحاكم مدخلاً في

= «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٨٩ رقم ٢١٤)، «معرفة السنن والآثار» (١٠ / ٢٨٥ ـ ٢٨٧)، «السيل الجرار» (٢ / ٣٠٢ ـ ٣٠٣)، «فتح الباري» (٩ / ٣٩٤)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٠٣).

(١) «المدونة» (٢ / ٢٩٤)، «التفريع» (٢ / ٨٧)، «الكافي» (٢٧٨)، «المعونة» (٢ / ٨٧٥)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٧)، «الخرشي» (٤ / ٩)، «المنتقى» (٤ / ١١٣)، «تفسير القرطبي» (٥ / ١٧٦) ـ وعزاه للأوزاعي وإسحاق والنخعي والشعبي ـ، «أحكام القرآن» (١ / ٤٢٤) لابن العربي.

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٩١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٢٨ رقم ٩٣٨)، «أحكام القرآن» (٣ / ١٥١) كلاهما للجصاص.

وهذا قول عند الشافعية.

انظر: «الأم» (٥ / ١٩٥)، «السنن الكبرى» (٧ / ٣٠٥ ـ ٣٠٦)، «أحكام القرآن» (١ / ٢١٠ ـ ٢١٢) للبيهقي، «روضة الطالبين» (٧ / ٣٧١)، «التنبيه» (ص ١٧٠) ـ وفيه: «وهو الأصح» ـ، «المهذب» (٢ / ٩٠)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٦١)، «الإقناع» (٢ / ٩٦) ـ وفيه: «وهو الأظهر» ـ، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٩٢)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٣٦ ـ ٥٣٧).

وهو الصحيح من مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٨ / ١٦٧)، «الإنصاف» (٨ / ٣٨٠ ـ ٣٨١)، «الفروع» (٥ / ٣٤١).

(٣) أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٥١٢ / رقم ١١٨٨٣)، و «التفسير» (١ / ١٥٨ ـ ١٥٩)، وسعيد بن منصور في «السنن» (٤ / ١٢٤٣ رقم ٦٢٨، ٦٢٩)، والشافعي في «الأم» (٥ / ١٠٣، ١٧٧)، و «المسند» (٢ / ١٨٤ رقم ٦٥٣)، وأبو عبيد في «الناسخ والمنسوخ» (رقم ٢١٣ ـ ٢١٥)، والنسائي في «الكبرى» ـ كما في «تحفة الأشراف» (٧ / ٤٣٢ رقم ١٠٢٣٩) ـ، وابن جرير =

إيقاع الفرقة بين الزوجين لإزالة الضرر كالطلاق على المولي والمعسر بالنفقة والمهر وغيره؛ فإذا كان له ذٰلك في إزالة الضرر عن أحدهما كان بأن يكون في حقِّهما أولى[1].

* * * * *

= في «التفسير» (٥ / ٤٦)، وابن أبي حاتم في «التفسير»، والدارقطني في «السنن» (٣ / ٢٩٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٣٠٥، ٣٠٦)، والبغوي في «شرح السنة» (٢٣٤٧)، و «التفسير» (١ / ٤٢٤) من طريق عبيدة السلماني عن علي.

وإسناده صحيح.

قال الشافعي: «وحديث علي ثابت عندنا» وانظر: «التلخيص الحبير» (٣ / ٢٠٤).

(١) الحاكمان قاضيان، قال ابن العربي في «أحكام القرآن» (١ / ٤٢٤): «هٰذا نص من الله سبحانه وتعالى في أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بيَّن الله ـ سبحانه ـ كل واحد منهما، فلا ينبغي لشاذ ـ فكيف لعالم ـ أن يركِّب معنى أحدهما على الآخر، فذٰلك تلبيس وإفساد للأحكام».

وهٰذا منقول عن عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية والشعبي وشريح والنخعي وسعيد بن جبير، جعلوا الحُكْم إلى الحَكَمين، ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة.

وانظر غير مأمور في التدليل على صحة هٰذا الترجيح: «سنن سعيد بن منصور» (٤ / ١٢٤٦ ـ ١٢٥٠)، «مصنف عبدالرزاق» (٦ / ٥١٣ ـ ٥١٤)، «الناسخ والمنسوخ» (رقم ٢١٢، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢ / ٢٥ ـ ٢٦)، «الاختيارات الفقهية» (٤٢٧)، «زاد المعاد» (٥ / ١٩٠، ١٩١)، «فتح الباري» (٩ / ٣٩٦)، «أحكام الخلع في الإسلام» (ص ١١ ـ ٢٠) لتقي الدين الهلالي.



الجزء الثامن عشر
من
كتاب الإشراف

بسم الله الرحمٰن الرحيم

استعنت بالله

كتاب الخلع

مسألة ١٢٠٦

الخلع جائز مع التراضي واستقامة الحال(١)، وقال داود: لا يجوز إلا بشرط الخوف ألا يقيما حدود الله(٢). فدليلنا قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤] فعمَّ الفدية وغيرها؛ ولأن كل حال جاز أن يطلق فيها بغير عوض جاز أن يطلق فيها بعوض كحال السخط؛ ولأن كل طلاق وقع حال الغضب وقع حال الرضا، أصله الطلاق المبتدأ بلا عوض؛ ولأنها معاوضة تصح حال الخصومة فصحت في غيرها كالبيع(٣).

---

(١) «المدونة» (٢ / ٢٣١)، «التفريع» (٢ / ٨١)، «الرسالة» (٢٠٢)، «الكافي» (٢٧٦)، «المعونة» (٢ / ٨٦٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٨).

(٢) «فقه داود» (٦٥٥)، «المغني» (٧/ ٥٤)، «الميزان» (٢ / ١١٩).

(٣) ما قرره المصنف هو الراجح، إذ قد ينشأ ذٰلك عن كراهة العشرة، لسوء خلق أو خُلُق، وعلق البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق: باب الخلع، وكيف الطلاق فيه؟ قبل ٥٢٧٣) عن طاوس قال: ﴿إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فيما افترض لكل واحدٍ منهما على صاحبه في العشرة والصحبة، ولم يقل قول السفهاء: لا يحل حتى تقول: لا أغتسل لك من جنابة».
فمتى اختلت العشرة بينهما، وإن كان ظاهرها استقامة حال، حلَّ الخلع، وما ورد عن السلف من عبارات مرادهم فيها التمثيل، لا أنهم يريدون أن الخلع لا يكون إلا إذا قالت ذٰلك، نعم، لا يجوز=

مسألة ١٢٠٧

الخلع طلاق[١] خلافاً للشافعي في قوله: أنه فسخ[٢] لحديث حَبيبة أن رسول

= للمرأة أن تطلب الخلع إلا إذا رأت من الرجل ما يحملها على كراهته، وأيقنت أنها عاجزة أن تعاشره معاشرة حسنة، ولٰكن لا يشترط ذٰلك بالشرط الذي ذكره داود، ودليله ما في «صحيح البخاري» (٥٢٧٦) قالت امرأة ثابت بن قيس: «يا رسول الله! ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق» وفي رواية (رقم ٥٢٧٥): «لا أَعْتِبُ على ثابت في دين ولا خلق، ولٰكني لا أطيقه»، وقوله ﷺ: «المختلعات هن المنافقات».

انظر: «الصحيحة» (٦٣٢).

وأصله: الطلاق، وصح من حديثه ﷺ وقوله: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»، والله أعلم.

انظر: «فتح الباري» (٩ / ٣٩٧ ـ ٣٩٨)، «أحكام الخلع» (٥٤ ـ ٥٦، ٦٣ ـ ٦٤).

(١) «الموطأ» (٢ / ٥٦٥)، «التفريع» (٢ / ٨١)، «المعونة» (٢ / ٨٧٠)، «الرسالة» (٢٠٢)، «الكافي» (٢٧٦)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٧)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٥٧)، «مواهب الجليل» (٤ / ١٨ ـ ١٩)، «الخرشي» (٤ / ١٢).

(٢) هٰذا قول الشافعي في القديم، وذكره في «أحكام القرآن» من الجديد، وما نص عليه في أكثر كتبه الجديدة أن الخلع طلاق، فإذا وقع بلفظ الخلع وما تصرف منه نقص العدد، وكذا إن وقع بغير لفظه مقروناً بنيته، وقد نص في «الإملاء» على أنه من صرائح الطلاق، وأما إذا لم ينو الطلاق لا يقع به فرقة أصلاً، ونص عليه في «الأم»، وقواه السبكي من المتأخرين، وذكره محمد بن نصر المروزي في كتاب «اختلاف العلماء» (ص ١٥٩) أنه آخر قولي الشافعي، أفاده ابن حجر في «فتح الباري» (٩ / ٣٩٦).

وانظر: «الأم» (٥ / ١٩٨ ـ ١٩٩)، «مختصر المزني» (١٨٧)، «المهذب» (٢ / ٩٢)، «الوجيز» (٢ / ٤١)، «المجموع» (١٨ / ١٥٦)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٦٨)، «روضة الطالبين» (٧ / ٣٧٥)، «إخلاص الناوي» (٣ / ١٧٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٤١)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٩٣ / رقم ٢١٦).

ومذهب الحنابلة في أظهر الروايتين أن الخلع فسخ.

انظر: «المغني» (١٠ / ٢٧٤)، «الإنصاف» (٨ / ٣٩٢ ـ ٣٩٣)، «منتهى الإرادات» (٣ / ١٦٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢١٦)، «كشاف القناع» (٥ / ٢١٦)، وهو مذهب إسحاق وابن المنذر وداود وأصحابه غير ابن حزم وأبي ثور.

انظر: «معالم السنن» (٣ / ١٤٣)، «نيل الأوطار» (٨ / ٣٤)، «المحلى» (١٠ / ٢٣٩).

الله ﷺ قال لها: «أتردِّين عليه حديقته؟». قالت: نعم. فدعا ثابتاً، فقال: أويطيب ذٰلك يا رسول الله؟! قال: «نعم». قال: قد فعلتُ. فقال لها رسول الله ﷺ: «اعتدِّي»، ثم التفت إليه، وقال: «هي واحدة»[١]. وروى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة[٢]، ولأنَّ كلَّ فُرقة تعلَّقت بإرادة الزوجين لا عن غلبة فإنها لا تكون فسخاً بل تكون طلاقاً، أصله إذا تزوج عليها فطالبته بالفراق، عكسه الملك والرضاع؛ ولأن الزوج يأخذ العوض على ما يملكه وهو إنما يملك الطلاق دون الفسخ[٣].

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢ ٥٦٤)، وأبو داود (٢٢٢٧)، والنسائي (٦ / ١٦٩) في «سننهم»، والشافعي في «الأم» (٢ / ٥٠ ـ ٥١)، وأحمد في «المسند» (٦ / ٤٣٣ ـ ٤٣٤)، وابن الجارود في «المنتقى» (٧٤٩)، وابن حبان في «الصحيح» (رقم ٤٢٨٠ ـ الإحسان)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٣١٢، ٣١٣)؛ من حديث حبيبة.

والمذكور لفظ مرسل سعيد، وسيأتي قريباً.

وأخرج البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، رقم ٥٢٧٣) عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله! ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: «أتردِّين عليه حديقته؟». قالت: نعم. قال رسول الله ﷺ: «اقبل الحديقة، وطلّقها تطليقة» وفي رواية عند البخاري (٥٢٧٦) وغيره: «فردت عليه وأمره ففارقها».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٤ / ٨٤)، وعبدالرزاق (١١٧٥٦) ـ ومن طريقه أبو داود في «المراسيل» (رقم ٢٣٩) ـ من مرسل سعيد بن المسيب، ورجاله ثقات.

(٣) الراجح أن الخلع فرقة بائنة، وفسخ للنكاح، وليس من الطلاق الثلاث. فقد ثبت عند عبدالرزاق وغيره عن ابن عباس وعكرمة وغيرهما: أنهم لم يكونوا يجعلون الخلع من الطلاقات الثلاث، فعن ابن عباس قال: الخلع فسخ، وليس بطلاق.

انظر: «فتح الباري» (٩ / ٣٠٧)، «التلخيص الحبير» (٣ / ٢٣١).

وهٰذا مذهب عمر وعثمان وعلي وابن مسعود.

انظر: «السنن الكبرى» (٧ / ٣١٦)، و «مسند الشافعي» (٢ / ٢٩١ ـ «بدائع المنن»)، «المحلى» (١٠ / ٢٣٨)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢ / ٢٨٩، ٢٩٠)، «التلخيص الحبير» (٣ / ٢٣١).

قال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢ / ٣٠٩): «الخلع فسخ، تبين به المرأة بأيِّ لفظ كان، هو=

مسألة ١٢٠٨

يصح الخلع من غير حاجة إلى سلطان[1]، خلافاً لما يحكى عن الحسن وابن

= الصحيح الذي عليه النصوص والأصول». وقال (٣٢ / ٢٨٩ ـ ٢٩٠): «وما علمتُ أحداً من أهل العلم بالنقل صحح ما نقل عن الصحابة من أنه طلاق بائن محسوب من الثلاث، بل أثبت ما في هٰذا عندهم ما نقل عن عثمان».

وقد نقل عن عثمان بالإسناد الصحيح: أنه أمر المختلعة تستبرىء بحيضة. وقال: «لا عليك عدة» وهٰذا في «صحيح ابن ماجه» (١ / ٣٥٠)، وهٰذا يوجب أنه ـ عنده ـ فرقة بائنة، وليس بطلاق، إذ الطلاق بعد الدخول يوجب الاعتداد بثلاثة قروء بنص القرآن، واتفاق المسلمين، بخلاف الخلع، فإنه ثبت بالسنة وآثار الصحابة: أن العدة فيه استبراء بحيضة.

وقد ردَّ ابن عباس امرأةً على زوجها بعد طلقتين وخلع مرة قبل أن تنكح زوجاً غيره، كما في «مصنف عبدالرزاق». وانظر: «نصب الراية» (٣ / ٢٤٣).

والنقل عن ابن عباس: «أنه فرقة، وليس بطلاق»، من أصح النقل الثابت باتفاق أهل العلم بالآثار، وهٰذا مما اعتضد به القائلون: بأنه فسخ، قاله ابن تيمية في «مجموع فتاويه» (٣٢ / ٢٩٢).

قال ابن خزيمة ـ كما في «التلخيص الحبير» (٣ / ٢٣١) ـ: أنه لا يثبت عن أحد أنه طلاق (أي: الخلع).

وقال أحمد في حديث ابن عباس: «الخلع تفريق، وليس بطلاق»، ليس في الباب أصح منه، كذا في «المغني» (١٠ / ٢٧٤).

وهٰذا الذي قاله ابن خزيمة، وأحمد ـ رحمهما الله ـ هو ما يضعف حجة الجمهور في متعلّقهم بما يروى عن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ «أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة بائنة»، أخرجه الدارقطني (٤ / ٤٦) والبيهقي (٧ / ٣١٦)، وهٰذا إسناد ضعيف جداً، فيه عباد بن كثير، اتهمه أحمد، وتركه البخاري والنسائي.

ويؤكّد من صحة هٰذا الاختيار: قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ثم ذكر الخلع، فقال: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم ذكر الطلاق فقال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، قال ابن عباس: فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلاق أربعاً، أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١٤٥٤ ـ ط الأعظمي).

انظر: «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٢ / ٦٥٩، ٦٦٢).

(١) «المدونة» (٢ / ٣٤٣ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٧).

سيرين[١]؛ لأنه معاوضة كالنكاح[٢].

مسألة ١٢٠٩

يجوز الخلع بقدر المهر وبأقل وبأكثر[٣]، خلافاً لأحمد[٤]

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٦٦)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٤٣).

وأخرج عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٤٩٥ رقم ١١٨١٤)، وأبو عبيد في «الناسخ والمنسوخ» (رقم ٢٢٣) عن الحسن قال: لا يكون الخلع إلا عند سلطان.

وأخرج أبو عبيد (رقم ٢٢٤) بسندٍ رجاله ثقات عن ابن سيرين قال: «لا يجوز الخلع إلا عند السلطان» ورقم (٢٢٥)، وابن جرير (٨ / ٣٢٨ رقم ٩٤٢٨ ـ تحقيق شاكر) عن الضحاك قال: لا يكون الخلع إلا عند السلطان.

ومال إليه أبو عبيد في «الناسخ والمنسوخ» (ص ١٢٦) وقال: «وعلى هٰذا قول شريح، وسعيد بن جبير، وإبراهيم، والشعبي، والحسن، وابن سيرين، والضحاك، وابن شهاب».

وعزاه ابن حجر في «الفتح» (٩ / ٣٩٦) لسعيد بن منصور عن الحسن وابن سيرين، وقال: «واختاره أبو عبيد».

قلت: وأخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥ / ١١٦) عن ابن سيرين قال: «الخلع جائز دون السلطان» ولعله الصحيح عنه، فإن لفظ سعيد بن منصور عنه: «كانوا يقولون. . .» والله أعلم.

(٢) هٰذا مبني على أن الشقاق شرط في الخلع، والجمهور على خلافه، وهو الصحيح ـ على التحقيق ـ، كما قدمناه قريباً.

قال ابن حجر في «الفتح» (٩ / ٣٩٧): «وقد أنكر قتادة هٰذا عن الحسن، فأخرج سعيد بن أبي عروبة في كتاب «النكاح» عن قتادة عن الحسن، فذكره، قال قتادة: ما أخذ الحسن هٰذا إلا عن زياد يعني: حيث كان أمير العراق لمعاوية. قلت (ابن حجر): وزياد ليس أهلاً أن يُقتدى به».

وعلق البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب الخلع (قبل رقم ٥٢٧٣) قال: «وأجاز عمر الخلع دون السلطان» ووصله ابن أبي شيبة والله أعلم.

(٣) «الموطأ» (٢ / ٥٦٥) ـ وفيه: لا بأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها»، وفيه: «إذا علم أن زوجها أضر بها، وضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها، مضى الطلاق ورد عليها مالها؛ قال: فهٰذا الذي كنت أسمع والذي عليه، أمر الناس عندنا» ـ.

وانظر: «المعونة» (٢ / ٨٧٠)، «التفريع» (٢ / ٨٢)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٠)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٥٧)، «مواهب الجليل» (٤ / ١٩)، «الكافي» (٢٧٦).

(٤) مذهب الحنابلة كراهية الخلع بأكثر من المهر، ويصح.

وإسحاق[١] في قولهما: لا يجوز إلا بقدر المهر؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فعم؛ ولأنه عوض يصح تملكه فجاز الخلع عليه كالصداق[٢].

= انظر: «المغني» (٧ / ٥٣)، «الإنصاف» (٨ / ٣٩٨)، «تقرير القواعد» (٣ / ٤٦١ ـ بتحقيقي)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٦١)، «كشاف القناع» (٥ / ٢١٩)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٠٥).

(١) «المغني» (٧ / ٥٣)، «الإنصاف» (٦ / ٥٤٣)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٤٣).
ونسبه ابن قدامة لابن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد وأبي عبيد.
ومذهب الحنفية: إن كان النشوز منها كرهوا له أن يأخذ أكثر مما أعطاها.
انظر: «الاختيار» (٣ / ١٥٧)، «فتح القدير» (٤ / ٢١٦)، «اللباب» (٢ / ٢٦٩)، «تبيين الحقائق» (٢ / ٢٦٩)، «الفروق» (١ / ١٨٢) للكرابيسي.

(٢) ورد حديث فيه جواز الزيادة، عند الدارقطني (٣ / ٢٥٤) من طريق الحسن بن عمارة عن عطية العوفي عن أبي سعيد قال: كانت أختي تحت رجل من الأنصار، تزوجها على حديقة فكان بينهما كلام، فارتفعا إلى النبي ﷺ، فقال: «تردّين عليه حديقته، ويطلقك؟». قالت: نعم، وأزيده. قال: «ردي عليه حديقته، وزيديه».
ولٰكن إسناده ضعيف جداً، بل واهٍ بمرة، الحسن بن عمارة، كذبه شعبة ويحيى، وعطية ضعفه الثوري وهشيم وأحمد ويحيى.
وأخرجه الدارقطني (٣ / ٢٥٥) من مرسل أبي الزبير، وفيه: «أما الزيادة فلا، ولٰكن حديقته».
وإسناده صحيح، قال الدارقطني: سمعه أبو الزبير من غير واحد.
وأخرج أبو داود في «المراسيل» (رقم ٢٣٧، ٢٣٨) والدارقطني في «السنن» (٣ / ٥٥) من مرسل عطاء أن النبي ﷺ قال في المختلعة: «لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها».
فإن صحت هٰذه المراسيل قضي بالكراهة، ويقال حينئذ: عموم الآية دالة على الجواز، والنهي عن الزيادة للكراهة، أفاده ابن قدامة. وقال الجصاص: «والظاهر يقتضي جواز أخذ الجميع ولٰكن ما زاد مخصوص بالسنة».
قلت: وشوش ابن حجر في «الفتح» (٩ / ٤٠٢) على الاستدلال بهٰذه النصوص على هٰذه المسألة، فقال: «ليس فيه دلالة على الشرط، فقد يكون ذٰلك وقع على سبيل الإشارة رفقاً به».
وعليه، فيعجبني ما نقله ابن حجر في «الفتح» (٩ / ٣٩٧) عن مالك، قال: «لم أر أحداً ممن يقتدى به يمنع ذٰلك، لٰكنه ليس من مكارم الأخلاق» وقال: (٩ / ٤٠٢): «وأخرج إسماعيل بن إسحاق عن ميمون بن مهران: من أخذ أكثر مما أعطي لم يسرح بإحسان».

مسألة ١٢١٠

الخلع المطلق يقطع الرجعة[1]، خلافاً لأبي ثور في قوله: إنه إن كان بلفظ الطلاق لم يقطعها وإن كان بلفظ الخلع قطعها[2]؛ لأنه طلاق بعوض فأشبه لفظ الخلع؛ ولأن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها، وكل فرقة لإزالة الضرر فإنها تقتضي قطع ما يعيدها إليه من ثبوت الرجعة عليها وإعادتها إلى الضرر؛ ولأنها تعجز عن إقامة حقوق الله تعالى في ذات زوجها، فلم تستحق ذلك، كالفرقة بإعسار النفقة وفي الإيلاء[3].

مسألة ١٢١١

إذا بذلت له عوضاً على طلاقها فأجابها بشرط أن له الرجعة؛ ففيها روايتان[4]:

إحداهما: أنه يصح ويكون له الرجعة، ويكون له البدل عوضاً من الطلاق.

والأخرى: أنه يكون خلعاً ولا رجعة له، وهو قول أبي حنيفة[5]. وقال

= وأخرج عبدالرزاق بسند صحيح عن سعيد بن المسيب قال: «ما أحب أن يأخذ منها ما أعطاها ليدع لها شيئاً» فالأخذ زيادة على ما أعطاها جائز، ما لم يتقصد إضرارها والتضييق عليها.

وعلق البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب الخلع، قبل رقم ٥٢٧٣) قال: «وأجاز عثمان الخلع دون عقاص رأسها» والعقاص: ما يربط به شعر الرأس بعد جمعه، وأثر عثمان وصله ابن بشران في «أماليه» كما في «الفتح» (٩ / ٣٩٧).

وانظر: «أحكام الخلع» (ص ٥٦ ـ ٦٠) لتقي الدين الهلالي.

(١) «المدونة» (٢ / ٢٣٢)، «التفريع» (٢ / ٨٣)، «الرسالة» (٢٠٢)، «الكافي» (٢٧٦)، «المعونة» (٢ / ٨٧١)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٨).

(٢) «فقه أبي ثور» (٥١٧) وعنه في «حلية العلماء» (٦ / ٥٤٤)، «المغني» (٧ / ٥٩).

(٣) ما قرره المصنف قوي، لأن الخلع فسخ، فهو أقوى من الطلاق، فيقطع الرجعة، والله أعلم.

(٤) «التفريع» (٢ / ٨٣)، «المعونة» (٢ / ٨٧١)، «الكافي» (٢٧٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٨)، «معين الحكام» (١ / ٣٠٢)، «مواهب الجليل» (٤ / ٢٥)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٣٥١)، «الخرشي» (٤ / ١٣)، «تحرير الكلام» (ص ٣٣٨).

(٥) «اللباب» (٣ / ٦٥)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٤٥)، «فتح القدير» (٤ / ٢٣٠)، «المبسوط» (٦ / =

الشافعي[(١)]: الخلع باطل والطلاق واقع والرجعة ثابتة ويردُّ العوض عليها. وقال المزني[(٢)] الخلع صحيح، وتسقط الرجعة، ويكون له عليها مهر المثل.

فدليلنا أولاً على أنه لا يثبت له الرجعة: أنه طلاق بعوض فلم يكن فيه رجعة، أصله إذا أعطته مالاً على أن يخالعها ولم تشترط الرجعة؛ ولأن العوض إنما يبذل على إزالة العصمة وقطعها وفي ثبوتها إبطال هٰذا المعنى.

ووجه إثباتها: أن البذل يكون ها هنا في نقصان عدد الطلاق بالشرط الذي أجابت إليه، فخرج عن أن يكون خلعاً، وإذا خرج عن أن يكون خلعاً ثبتت الرجعة.

ودليلنا على الشافعي في قوله: أن الرجعة ثابتة والعوض غير مستحق هو أن العوض إذا حصل في مقابلته معوض تصح المعاوضة عليه صح، ولم يمتنع، وقد رضيت المرأة أن يكون العوض في مقابلته نقصان عدد الطلاق فخرج عن أن يكون خلعاً[(٣)].

= ١٧٥)، «البحر الرائق» (٤ / ٩٢، ٩٧)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٢٥٠).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «الشرح الكبير» (٤ / ٣٨٠ ـ ٣٨١)، «كشاف القناع» (٥ / ٢١٧)، «شرح منتهى الإرادات» (٣ / ١١٠)، «حاشية الروض المربع» (٦ / ٤٧١).

(١) «الأم» (٥ / ٢٠٣)، «الحاوي الكبير» (١٢ / ٢٦٨) للماوردي، «حلية العلماء» (٦ / ٥٤٤)، «روضة الطالبين» (٧ / ٣٩٨)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٧١)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٤٠٩)، «تحفة المحتاج» (٧ / ٤٨٤).

وهٰذا وجه عند الحنابلة.

انظر: «الكافي» (٣ / ١٤٨) لابن قدامة.

(٢) «مختصر المزني» (١٨٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٤٤).

(٣) الخلع لا يفسد بالعوض الفاسد، فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح، ولأنه فسخ، فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط ويستحق الزوج العوض المسمى في الخلع، لوقوع التراضي عليه، أشبه ما لو خلا عن الشرط الفاسد.

انظر: «أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي» (ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥).

مسألة ١٢١٢

ولا يلحق المختلعة طلاق[١] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: أنها يلحقها ما دامت في العدة[٢]؛ لأنها فرقة لا يملك به الرجعة بحال فلم يصح ورود الطلاق على المرأة في هٰذه الحال كالطلاق الثلاث واللعان؛ ولأنها مطلقة لا رجعة عليها كالمطلقة قبل الدخول؛ ولأن كل من لا يلحقها طلاقه إذا أوقعه بعوض لم يلحقها بغير عوض كالمطلقة قبل الدخول أو بعد انقضاء العدة؛ ولأن كل من لا يطلق باللفظ الذي يعم به النساء فكذٰلك لا يلحقها الطلاق من التعين أصله الأمة؛ ولأنها أجنبية منه بدليل انتفاء خصائص النكاح عنها كالإيلاء والظهار والنفقة بالزوجية؛ ولأن كل من طلقها بقوله: أنت خلية، وبرية، وحرام لم يلحقها بأي لفظ كان فهي كالأجنبية[٣].

---

(١) «المدونة» (٢ / ٣٤٦ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢ / ٨٧٢)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٨) «أسهل المدارك» (٢ / ١٤٣ ـ ١٤٥)، «الكافي» (٢٦٥ ـ ٢٦٧)، «مواهب الجليل» (٤ / ٥٣).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٥ / ١١٥، ١٩٨)، «مختصر المزني» (١٨٨)، «روضة الطالبين» (٧ / ٣٧٧، ٤٣٨)، «المجموع» (١٨ / ١٥٦)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٩٥ رقم ٢١٧).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٠ / ٢٧٨)، «شرح الزركشي» (٥ / ٣٦٢)، «الانصاف» (٨ / ٣٩٥)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٦١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢١٨)، «كشاف القناع» (٥ / ٢١٦، ٢١٧).

(٢) «المبسوط» (٦ / ١٧٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٦٧ رقم ٩٨٤)، «الاختيار» (٣ / ١٣٢)، «فتح القدير» (٤ / ٢١٤)، «تبيين الحقائق» (٢ / ٢٦٨)، «اللباب» (٣ / ٦٤ ـ ٦٥)، «طريقة الخلاف في الفقه» (١٣٢ ـ ١٣٤)، «الجوهر النقي» (٧ / ٣١٧) لابن التركماني، «رؤوس المسائل» (٤٠٥).

(٣) الراجح أن المختلعة لا يلحقها طلاق، لأنها ليست بزوجة، ولا في معاني الأزواج، وبه قال ابن عباس وابن الزبير، فإنهما سئلا عن امرأة اختلعت، ثم طلقها زوجها في العدة، قالا: «طلق ما لم يملك»، وهو صحيح عنهما، أخرجه الشافعي في «الأم» (٥ / ١١٥)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٥ / ١١٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٣١٧).

واستدل المخالفون بأحاديث وآثار لم تثبت، منها:

ـ قوله ﷺ: «المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة».

مسألة ١٢١٣

إذا علق طلاقها بصفة مثل أن يقول: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم بانت منه بخلع أو بطلاق رجعي وخرجت من العدة أو بما دون الثلاث ثم تزوجها ووجدت الصفة في النكاح الثاني فإن اليمين تعود عليه ما لم تبن بالثلاث(١)، وللشافعي ثلاثة أقوال(٢):

أحدها: مثل قولنا.

والآخر: أن النكاح المحلوف فيه إذا زال لم تعد اليمين(٣).

والثالث: أنها تعود أبداً(٤).

= قال ابن الجوزي في «التحقيق» (٣/ ٢١٩ ـ مع «التنقيح»): «هٰذا حديث موضوع لا أصل له».

ـ وقولة أبي الدرداء: «للمختلعة طلاق ما كانت في العدة».

أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥ / ١١٧)، والبيهقي في «سننه» (٧ / ٣١٧)، و «المعرفة» (١١ / ١٤)، وإسناده ضعيف، فيه الفرج بن فضالة، ليس بقوي.

ـ وقول ابن مسعود: «يجري الطلاق على التي تفتدي من زوجها ما كانت في العدة».

أخرجه ابن أبي شيبة (٥ / ١١٧)، وعبدالرزاق (١١٧٤٩) في «مصنفيهما»، والبيهقي في «المعرفة» (١١ / ١٤ رقم ١٤٥٩٩)، وإسناده ضعيف، وهو منقطع، فيه رجل مجهول، والضحاك بن مزاحم لم يدرك ابن مسعود.

(١) «التفريع» (٢ / ٧٨)، «الكافي» (٢٦٨ ـ ٢٦٩)، «المعونة» (٢ / ٨٥٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٤).

وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «البناية» (٤ / ٥٥٥)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٢٩٥ ـ ٢٩٦).

(٢) «الأم» (٥ / ٢٥٠)، «الإشراف» (رقم ٢٦١٦) لابن المنذر، «مختصر المزني» (١٩٧)، «المهذب» (٢ / ١١٠)، «تكملة المجموع» (١٧ / ٢٤٢)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢١٥)، «حلية العلماء» (٧ / ١٠٧).

(٣) وبه قال أبو ثور، أفاده ابن المنذر في «الإشراف» (رقم ٢٦١٦) وهٰذا القول هو الذي اعتمده صاحب «نوادر الفقهاء» (ص ٩٧ ـ ٩٨) من أقوال الشافعي، ولذا وضعه في «النوادر»!!

(٤) القول بالعود أبداً سواء طلق امرأته ثلاثاً أو دون ذٰلك، هو مذهب حماد بن أبي سليمان وزفر بن الهذيل، حكاه عنهما صاحب «نوادر الفقهاء» (ص ٩٨ ـ ٩٩) وبعضهم نسبه للشافعي في القديم.

فدليلنا أنها تعود في نكاح ثان إذا بانت بدون الثلاث: أن الحالف إذا علق يمينه ولم تحصل الحالة التي حلف عليها فلو أبطلنا اليمين لزوال ملكه لكنا قد أخللنا بمقتضى يمينه؛ ولأنه إذا تزوجها ثانية عاد ما كان يملك من الطلاق الأول؛ فيجب أن يعود بصفاته، ومن صفاته أنه محلوف به؛ ولأن كل حال يملك فيها إيقاع طلاق الملك الذي حلف به تعلق بها حكم اليمين، أصله إذا استدام النكاح الذي حلف به[1].

(فصل): ودليلنا على أن اليمين لا تعود بعد الطلاق الثلاث: إن ما استحدث من الطلاق الثلاث في النكاح الثاني لم يكن في ملكه حال الطلاق، ولا مضافاً إلى ملكه، فلم يثبت حكمه في النكاح الثاني، أصله إذا قال لأجنبية: إذا دخلتِ الدار فأنت طالق؛ ولأنها يمين بطلاق زال عن ملكه قبل وجود الصفة التي حنث بها فزال حكمها اعتباراً بموت المرأة؛ ولأنه طلاق لا يملكه حال العقد ولا علق اليمين بحصول الزوجية التي يملك حصولها؛ فلم يحنث حال حصول ملكه، أصله إذا تزوج غير المحلوف بطلاقها ثم وجدت الصفة.

مسألة ١٢١٤

عقد الطلاق قبل النكاح يلزم إذا عين وخص ولا يلزم إذا أطلق وعم[2]. وقال

= انظر: «البناية» (٤ / ٥٥٦)، «اختلاف العلماء» (ص ١٨١)، «حلية العلماء» (٧ / ١٠٧)، «المحلى» (١٠ / ٢٤٩ ـ ٢٥٠)، «الإنصاف» (٢ / ١٤٦)، «الإشراف» (رقم ٢٦١٥) لابن المنذر.

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والصواب التفرقة بين وقوع الطلقات الثلاث ووقوع دونها، لأن بطلاق الثلاث قد انقضى الملك، وهذا مذهب الجماهير من الفقهاء، والله أعلم.

(٢) «المدونة» (٢ / ١٢٦ ـ ١٢٧)، «التفريع» (٢ / ٨٣ ـ ٨٦)، «المنتقى» (٤ / ١١٥)، «الكافي» (٢٦٦ ـ ٢٦٧)، «المعونة» (٢ / ٨٤٢)، «جامع الأمهات» (٢٩٤)، «عارضة الأحوذي» (٥ / ١٤٧)، «قوانين الأحكام» (٢٠٠)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٥٦)، «إكمال الإكمال» (١ / ٢١٩)، «مواهب الجليل» (٤ / ٤٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٨٤)، «الخرشي» (٤ / ٣٧ ـ ٣٩)، «الشرح الكبير» (٢ / ٣٧٠ ـ ٣٧٢)، وهذا قول إبراهيم النخعي والشعبي وسفيان الثوري، نقله الترمذي في «جامعه» (عقب رقم ١١٨١).

أبو حنيفة: يلزم في الموضعين[١] وقال الشافعي: لا يلزم في الموضعين[٢]. فدليلنا على لزومه مع التعيين: أنه أضاف الطلاق إلى حال يملك فيها ابتداء إيقاعه، فصح ذلك اعتباراً به إذا أضافه حال الملك؛ ولأن الاعتبار لا يخلو أن يكون بحال العقد أو بحال وجود الصفة أو بهما، ولا يصح الاعتبار بحال العقد؛ لأنه يوجب أن ينعقد الطلاق وإن كانت حال الإضافة لا يملك الإيقاع فيها، كقوله: إذا بنتِ منّي فأنت طالق؛ لأنها لا يوجب إذا قال لامرأة عنده: إذا بنت مني وتزوجتك فأنت طالق، وعندهم أن ذلك لا يؤثر، فلم يبق إلا الاعتبار بحال وجود الصفة[٣].

---

(١) «الجامع الصغير» (١٥٧)، «مختصر الطحاوي» (١٩٨ ـ ١٩٩)، «اللباب» (٣ / ٣٨)، «القدوري» (٧٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٤٧ / رقم ٩٦١)، «الهداية» (١ / ٢٥٠)، «بدائع الصنائع» (٣ / ٧٦، ٧٧)، «الاختيار» (٣ / ١٢٣)، «فتح القدير» (٤ / ٣٦، ١١٤)، «تبين الحقائق» (٢ / ٢٠٥)، «رد المحتار» (٣ / ٣٤٤ ـ ٣٤٥)، «المبسوط» (٦ / ١٢٧)، «رؤوس المسائل» (٤٠٧)، «فتح الملهم» (١ / ١٥٨).

(٢) «الأم» (٥ / ١٨٣ ـ ١٨٤)، «مختصر المزني» (١٩١ ـ ١٩٣)، «الإقناع» (١٥١)، «المهذب» (٢ / ٩٨)، «تكملة المجموع» (١٨ / ١٩٨)، «روضة الطالبين» (٨ / ١٥، ٧٩)، «حلية العلماء» (٧ / ٨ ـ ٩)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٩٧ رقم ٢١٨)، «الوجيز» (٢ / ٥٨)، «المنهاج» (١٠٧).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (١٠ / ٣٧٣)، «المحرر» (٢ / ٦٢)، «الإنصاف» (٨ / ٤٢٩)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٠٧)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٧٣)، «كشاف القناع» (٥ / ٢٣٢).

(٣) أخرج ابن أبي شيبة (٥ / ١٥ ـ ١٦)، وعبدالرزاق (١١٤٥٦) في «مصنفيهما»، والطيالسي (٢٢٦٥)، وأحمد (٢ / ١٨٥، ١٨٩، ١٩٠، ٢٠٧، ٢١٠) في «مسنديهما»، وسعيد بن منصور (١٠٢٠)، وأبو داود (٢١٩٠، ٢١٩١، ٢١٩٢، ٣٢٧٣)، والترمذي (١١٨١)، وفي «العلل الكبير» (٣٠٢)، والنسائي (٧ / ٢٨٨)، وابن ماجه (٢٠٤٧، ٢١١١)، والدارقطني في (٤ / ١٤ ـ ١٥)، والبيهقي (٧ / ٣١٨) في «سننهم»، وابن الجارود في «المنتقى» (٧٤٣)، والطحاوي في «المشكل» (٦٥٩، ٦٦٠)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٢٠٥) من حديث عبدالله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك». وإسناده جيد.
وهذا نص، وهو مذهب جماعة من الصحابة والتابعين. قال الترمذي: «هو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، روي ذلك عن علي بن أبي طالب، وابن عباس، وجابر بن عبدالله، =

مسألة ١٢١٥

ودليلنا على أنه لا يلزم مع الإطلاق قوله تعالى: ﴿لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمۡ﴾ [المائدة: ٨٧]؛ ولأنه سد على نفسه طريق استباحة البضع فلم يلزمه؛ لأن في ذٰلك تعريض نفسه للزنا وما أدى إلى ذٰلك ممنوع، أصله الحرة إذا عدم مهرها يجوز له أن يتزوج بأمة؛ لأنه متى لم يبح له ذٰلك خاف العنت[(١)].

= وسعيد بن المسيب، والحسن، وسعيد بن جبير، وعلي بن الحسين، وشريح، وجابر بن زيد، وغير واحد من فقهاء التابعين، وبه يقول الشافعي».

ويدل على صحة ذٰلك: ما ترجم به البخاري (الباب التاسع) من (كتاب الطلاق) في «صحيحه»، حيث ذكر هٰذه الترجمة: (لا طلاق قبل نكاح) ثم ذكر قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

وأتبع البخاري هٰذا بكلام ابن عباس، فقال: «قال ابن عباس: جعل الله الطلاق بعد النكاح»، ويروى في ذٰلك عن علي، وسعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، وأبي بكر بن عبدالرحمٰن، وعبيدالله بن عبدالله بن عتبة، وأبان بن عثمان، وعلي بن الحسين، وشريح، وسعيد بن جبير، والقاسم، وسالم، وطاوس، والحسن، وعكرمة، وعطاء، وعامر بن سعد، وجابر بن زيد، ونافع بن جبير، ومحمد بن كعب، وسليمان بن يسار، ومجاهد، والقاسم بن عبدالرحمٰن، وعمرو بن هرم، والشعبي: أنها لا تطلق».

ووجه ذكر البخاري الآية في أول الباب: أن الله ـ تعالى ـ قدم: ﴿إذا نكحتم﴾ على ﴿طلقتموهن﴾ فأفاد أن النكاح قبل الطلاق، وفي هٰذا من المناسبة لترجمة الباب ما لا يخفى.

ثم ذكر بعد الآية كلام ابن عباس؛ وذٰلك لأن ابن عباس هو صاحب الاستشهاد بهٰذه الآية على أنه لا طلاق قبل نكاح، حيث إنه قد سئل عن الرجل يقول: إذا تزوجت فلانة فهي طالق، فقال: ليس بشيء إنما الطلاق لمن ملك قالوا: فابن مسعود قال: إذا وقت وقتاً فهو كما قال؟ قال: «يرحم الله أبا عبدالرحمٰن لو كان كما قال لقال الله: إذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن».

انظر: «فتح الباري» (٩ / ٢٩٤).

(١) «المدونة» (٢ / ١٢٦ ـ ١٢٧)، «المعونة» (٢ / ٨٤٢ ـ ٨٤٣)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٤)، وما مضى في المسألة السابقة.

مسألة ١٢١٦

إذا قال لها: إن تزوجتك فأنت طالق وتزوجها ودخل بها فلها المهر المسمى[(١)] وقال أبو حنيفة: لها مهر ونصف[(٢)] فدليلنا أنه لا يخلو بهٰذا الوطء أن يكون زانياً أو واطئاً بشبهة العقد الأول، فلو كان زانياً لوجب عليه الحد، وذٰلك ليس بقول لأحد؛ لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندهم، وإن كان واطئاً بشبهة العقد وجب أن لا يلزمه إلا مهر واحد كسائر الأنكحة الفاسدة إذا وطىء فيها، ولأنه واطىء بشبهة عقد فلم يجب له مهر زائد على المسمى كالوطء في عدة طلاق رجعي، ولأنه عقد يعقبه وطء يستند إليه فلم يجب به مهر ونصف اعتباراً بالمهور كلها[(٣)].

مسألة ١٢١٧

إذا خالعها بما لا يصلح أن يكون عوضاً كالخمر والخنزير وقع الطلاق بائناً ولم يستحق عليها عوضاً[(٤)] وقال أبو حنيفة: يقع رجعياً ولا يستحق عوضاً[(٥)]، وقال الشافعي: يصح الخلع ويثبت عليها مهر المثل ولا رجعة

---

(١) «التفريع» (٢ / ١٠٩)، «الكافي» (٢٦٦ ـ ٢٦٧)، «المعونة» (٢ / ٨٤٣)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٤)، «الخرشي» (٤ / ٣٩).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٢٠٣)، «اللباب» (٣ / ٤٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٤٩ / رقم ٩٦٢ / ب).

(٣) ما قرره المصنف قوي، إذ لها المهر المسمى، ورجحنا فيما مضى قريباً أن الطلاق في مثل هذه الحالة لا يقع، والله أعلم.

(٤) «المدونة» (٢ / ٢٣٦)، «التفريع» (٢ / ٨٣)، «الكافي» (٢٧٧)، «المعونة» (٢ / ٨٧٢)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٩)، «شرح الزرقاني على خليل» (٤ / ٦٧).
وهٰذا قول أبي بكر والقاضي والأصحاب من الحنابلة وعند ابن تيمية يرجع إلى المهر.
انظر: «الهداية» (١ / ٢٦٢)، «المقنع» (٣ / ٧٨)، «تقرير القواعد» (٣ / ١٢٧ ـ ١٢٨ / بتحقيقي)، «الإقناع» (٣/ ٢١٢، ٢٥٦)، «الإنصاف» (٨/ ٣٩٨).

(٥) «اللباب» (٣ / ٦٥)، «تحفة الفقهاء» (١ / ٢٠١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٧٠ / رقم ٩٩١)، «المبسوط» (٦ / ١٩١)، «الفروق» (١ / ١٨١) للكرابيسي.

له[1]. فدليلنا عليه: أن الطلاق معنى يصح أن يوقع بغير بدل يفوت بنفس وقوعه ولا يمكن الفسخ فيه؛ فإذا وقع على ما لا يصح أن يكون بدلاً لم يستحق به بدلاً أصله العتق؛ ولأنه إزالة ملك إلى غير مالك بما لا يصح المعاوضة عليه فلم يستحق بها عوضاً، أصله كما لو قال لعبده: إن جئتني بزق خمر فأنت حر، فجاءه به فإنه يعتق ولا يستحق عليه بدلاً، ولأن مهر المثل مقدار لم يقع التراضي عليه في الخلع فلم يلزم بفساد العوض فيه، أصله ما زاد على مهر المثل؛ ولأن كل معنى لم يجب في الخلع مع صحة العوض لم يجب مع فساده، أصله المهر المسمى؛ ولأن ثبوت البدل في الخلع لا يتعلق به حق الله تعالى، بدليل جواز التراضي على إسقاطه، فمتى صح العقد برضاه من غير بدل معلوم صار كأنه طلق بلا عوض، ولأن وجوب مهر المثل لا يخلو أن يكون بدلاً عن العوض أو عن البضع، ولا يجوز أن يكون بدلاً عن العوض؛ لأن كل بدل كان قائماً يكون العوض قيمته لا غير ومهر المثل ليس بقيمة للخمر، وإن كان بدلاً عن فوات البضع لا يصح؛ لأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له.

وتبنى المسألة على هٰذا الموضع ـ وهو أن خروج البضع من ملك الزوج لاقيمة له ـ؛ فدليلنا عليه: أن الذي يتلف به استباحته، وتلك الاستباحة لا تقوم في حق مثلها، كالمريض يطلق فلا يقوم البضع عليها في الثلث؛ فلو كان له قيمة لقوِّم عليها، كما لو أعطاها شيئاً من ماله؛ ولأنها لو ارتدت بعد الدخول لم يلزمها شيء للزوج، فلو كان لخروج بضعها عن ملكه قيمة لوجب أن تضمنها كما تضمن قيمة ما استهلكت؛ ولأن قاتلها لا يلزمه لزوجها قيمة البضع، فلو كان له قيمة لضمنها كسائر ماله، ودليلنا على أبي حنيفة: أنه طلاق أوقعه على وجه الخلع فكان بائناً كما لو صح العوض.

---

(١) «الأم» (٥ / ٢٠١)، «مختصر المزني» (١٩٠)، «الإقناع» (١٥٢)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٥٠ - ٥٥١)، «إخلاص الناوي» (٣ / ١٨٠).

وهٰذا اختيار ابن تيمية.

انظر: «الاختيارات الفقهية» (ص ٢٥٠).

مسألة ١٢١٨

إذا خالعها على أن تكفل له ولده مدة معلومة فمات[١] قبل انقضائها لم يرجع عليها بشيء.

وفيه رواية أخرى: أنه يرجع عليها[٢]، وللشافعي قولان[٣].

فوجه نفي الرجوع: أن الخلع عقد على منفعة متعلِّقة بعين؛ فإذا فقدت العين لم يقم غيرها مقامها، كما لو استأجر دابة بعينها فماتت؛ ولأن استيفاء المنفعة يتعلق بوجود العين؛ فإذا تلفت فلا وجه للرجوع إلا أن يكون عن قيمة البضع وقد بيّنا فساد ذٰلك.

ووجه الرجوع: أنها منفعة لها قيمة؛ فإذا تلفت العين المتعلقة بها استحق قيمتها، أو نقول: لم يتلف الحق بتلفها؛ كالدابة المعينة وإذا ماتت.

---

(١) في الأصل والمطبوع: «فماتت»!! والصواب ما أثبتناه، والمراد الولد.

(٢) «المدونة» (٢ / ٣٤٥ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٠)، «شرح الزرقاني على خليل» (٤ / ٧٥).

(٣) «الأم» (٥ / ٢٠١)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٤٦ ـ ٥٤٨).

ومذهب الحنفية: رجع عليها بقيمة الرضاع للمدة المشروطة، قال أصحاب أبي حنيفة: إذا خالعها على رضاع ابنه منها سنتين، فهو جائز، وإن مات ابنها قبل أن ترضعه، رجع عليها بقيمة الرضاع للمدة المشروطة.

وقال زفر: في رجل اختلعت منه امرأته برضاع ابنها سنتين، على أنه إن مات وقد بقي من الرضاع شيء، فهي بريئة من رضاع ما بقي، إن الطلاق واقع، والخلع على هٰذا فاسد، وعليها أن ترد المهر الذي تزوجها عليه.

وقال أبو يوسف: الشرط على هٰذا جائز، وهي بريئة إن مات الصبي ولو لم يشترط ذٰلك، جاز الخلع على رضاع السنتين، فإن مات في بعض ذٰلك، رجع عليها بقيمة ما بقي.

والراجح: الرضاع مما يصح الاستئجار عليه، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ويصح أن يجعل جعلاً في الخلع، وهلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عرض اختلعت عليه، فهلك في يدها قبل التسليم فرجع إلى قيمته، فأما النفقة؛ فليس لها مقدار معلوم، فلا يجوز. قاله الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٧١ ـ ٤٧٢ رقم ٩٩٤).

مسألة ١٢١٩

إذا قالت له: طلِّقني بألف درهم، أو على ألف درهم؛ فذٰلك سواء[١]، وقال أبو حنيفة: في قوله: بألف يستحق العوض وعلى ألف يكون الطلاق رجعياً ولا شيء له[٢].

فدليلنا على أنهما سواء إذا قالت: أخلعني على ألف درهم فمفهوم هٰذا كون الألف بدلاً وعوضاً في الخلع، فكان كقولها بألف؛ ولأنه لو قال لامرأتيه: أنهما طالقتان على ألف فقبلت إحداهما دون الأخرى طلقت وكان عليها ما يصيبها من الألف فدل على ما قلناه، ولأن لفظ على في العرف مستعمل على البدل مثل: احمل لي هٰذا الطعام إلى منزلي على ألف، فحمله أنه يستحق الألف؛ كقوله: احمل لي بألف[٣].

مسألة ١٢٢٠

إذا قالت له: اخلعني بالطَّلاق الثلاث بألف أو على ألف فطلقها واحدة[٤]، قال ابن المواز: يكون خلعاً، ويستحقّ جميعَ الألف[٥] وعندي أن النظر أن الخلع يقع ولا يستحق شيئاً من الألف، وقال الشافعي: يستحق ثلث الألف[٦].

فوجه قول ابن المواز: أن الغرض بالخلع انقطاع العصمة، وذٰلك حاصل بما دون الثلاث، وإذا كان كذٰلك استحق جميع الألف كما لو طلق ثلاثاً.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص ٢٩١).

(٢) «الهداية» (٢ / ١٢)، «الاختيار» (٣ / ١٥٩)، «اللباب» (٣ / ٦٦)، «الفروق» (١ / ١٨٣) للكرابيسي.

(٣) ما قرره المصنف قوي والعبرة في هٰذه الألفاظ بالعرف، كما قدمناه في مسائل كثيرة، والله الموفق.

(٤) «جامع الأمهات» (ص ٢٩١)، «حاشية العدوي» (٤ / ٢٦)، «الخرشي» (٤ / ٢٥)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٣٦٠).

(٥) الخرشي (٤ / ٢٥).

(٦) «حلية العلماء» (٦ / ٥٦٣)، «إخلاص الناوي» (٣ / ١٩٨)، «روضة الطالبين» (٧ / ٤١٧)، «أسنى المطالب» (٣ / ٢٥٧).

ووجه ما اخترناه: أنها إذا قالت طلقني: ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يحصل غرضها؛ لأن غرضها زوال العصمة بجميع ما يملكه من الطلاق لا ببعضه؛ فإذا لم يحصل الغرض لم يستحق العوض، كما لو قال لها: طلِّقي نفسك ثلاثاً، فطلقت واحدة لم يقع لأنه لم يجعل إليها ذٰلك.

ودليلنا على الشافعي: أنه لم يحصل لها غرضها الذي بذلت العوض عليه، فلم يستحق شيئاً منه، كما لو ابتدأ فقال: أنت عليَّ كظهر أمي، وأنت طالق واحدة رجعية[1].

مسألة ١٢٢١

يجوز عندنا الخلع على الغرر والمجهول كالآبق، والشارد، والثمرة التي لم يبدُ صلاحها، وعبد لها لم يصفه، وبما في بطن الناقة والشاة، وبما تلد غنمها العام أو تحمل ثمرتها، ويقع الطلاق بائناً وله المطالبة بذٰلك فإن سلم أخذه وإلا فلا شيء

---

(١) الراجح أن الطلاق فسخ، كما قدمناه، وعليه فيستحق جميع الألف، ولو كان طلاقاً، فالثلاث دفعة واحدة طلقة واحدة على الراجح.

واختار ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢ / ٣١٣) أنه إذا طلقها ثلاثاً بعوض كانت هٰذه فرقة بفدية لا تحسب من الثلاث، وكان لهٰذا المفارق أن يتزوجها عقداً جديداً.

قال رحمه الله: «ولا يحسب عليه ذٰلك الفراق بالعوض من الثلاث، ولا يلزمه الطلاق لكونه محرماً، والثنتان محرمة، والواحدة مباحة، ولٰكن تحسب الواحدة بالعوض من الثلاث؛ لأنها فدية وليست من الطلاق الذي جعله الله ثلاثاً، بل يجوز أن يتزوج المرأة، وتكون معه على الثلاث».

وأصل هٰذا ما تقدم بيانه من أن الخلع فسخ، وليس طلقة بائنة، وأنه يقع بألفاظ الطلاق ما دام ذٰلك على عوض.

ومن المقرر أن مذهب ابن تيمية بخصوص طلاق الثلاث المجموعة طلقة واحدة.

ويتخرج على هٰذين الأصلين قوله في هٰذا الاختيار، فهٰذه الطلقات الثلاثة لما كانت مجموعة وقعت واحدة، ولما كانت هٰذه الواحدة على عوض فهي فسخ، وليست طلاقاً يحسب من الثلاث، فإن تزوجها بعد ذٰلك كانت معه على الثلاث.

وانظر: «الجامع للاختيارات الفقهية» (٢ / ٧٣٣ ـ ٧٣٤).

له[١]. وقال أبو حنيفة: يجوز على الغرر والجنين ولا يجوز على المعدوم مثل ما يحمل نخلها من ثمرة أو تلد ماشيتها[٢]. وقال الشافعي: لا يصح إلا على ما يجوز أن يكون عوضاً في البيع والإجارة[٣]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]؛ ولأن الحمل والغرر يصح أن يملك بالوصية والهبة فجاز أن يكون بدلاً في الخلع كسائر الأعيان؛ ولأن جهالة قدر الحمل وصفته ليس بأكثر من جهالة مهر المثل وقد أجازه مخالفنا؛ ولأن الخلع طريقه طريق الهبة والصلة بخلاف عقود المعاوضات فكأنه بذل لها الصداق ثم وهبت له قدراً مجهولاً[٤].

---

(١) «المدونة» (٢ / ٢٣٢)، «التفريع» (٢ / ٨٢)، «الكافي» (١٧٧)، «بداية المجتهد» (٢ / ٦٨)، «المعونة» (٢ / ٨٧٣)، «جامع الأمهات» (ص ٢٨٩)، «شرح الزرقاني على خليل» (٤ / ٦٦، ٧٩)، «الخرشي» (٤ / ٢٦)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٣٤٨)، «مواهب الجليل» (٤ / ٢٢).

(٢) «اللباب» (٣ / ٦٥ ـ ٦٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٦٧ / رقم ٩٨٥)، «المبسوط» (٦ / ١٨٧)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٤٧)، «فتح القدير» (٤ / ٢٢١)، «البحر الرائق» (٤ / ٨٣، ٨٥)، «الفروق» (١ / ١٩٧ ـ ١٩٨) للكرابيسي.

(٣) «الأم» (٥ / ٢٠١)، «مختصر المزني» (١٨٩)، «المهذب» (٢ / ٧٤)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٥١ ـ ٥٥٢)، «إخلاص الناوي» (٣ / ١٨٩)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٦٥)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٩٩ ـ ٤٠٠)، «فتح الوهاب» (٢ / ٦٧)، «حاشية البيجوري» (٢ / ١٤٠ ـ ١٤١).
وهٰذا مذهب الظاهرية وقول عند الحنابلة، ومذهب أبي ثور.
انظر: «المحلى» (١٠ / ٢٤٣)، «المغني» (٧ / ٣٣٢ ـ ٣٣٣)، «الشرح الكبير» (٤ / ٣٨٦)، «الكافي» (٣ / ١٥٣)، «المحرر» (٢ / ٤٦)، «كشاف القناع» (٥ / ٢٢٢).

(٤) سبب الخلاف في المسألة هو: «تردد العوض هٰهنا بين العوض في البيوع، أو الأشياء الموهوبة والموصى بها، فمن شبهه بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي أعواض البيوع، ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذٰلك» ـ كما في «بداية المجتهد» (٢ / ٦٨) ـ.
والراجح ـ والله أعلم بالصواب ـ هو صحة الخلع بالمجهول؛ لأن العوض في الخلع غير لازم، بل الخلع مشروع بعوض وبغير عوض، فلم يكن من ضرورة صحته لزوم العوض، أما البيع فهو تمليك من الطرفين، فيشترط في الثمن أن يكون معلوماً، فلا يصح بالمجهول بخلاف الخلع فهو إسقاط الملك، وإسقاط الملك قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض، والإسقاط تدخله المسامحة، فيصح بالمجهول، ولا يجب مهر المثل لأنها لم تبذله ولا فوت عليه ما يوجبه، فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم، بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو إرضاعها لمن ينفسخ به نكاحها =

مسألة ١٢٢٢

يصح الخلع من الأجنبي للزوج[١] خلافاً لأبي ثور[٢]؛ لأن الأجنبي من أهل المعاوضات يصح منه البدل في غير الخلع، فصح في الخلع كالزوجة؛ ولأنه لما كان للزوج أن يطلق بغير شيء كان له أن يطلِّق بعوض على الأجنبي كالخلع[٣].

مسألة ١٢٢٣

وإذا خالعته المريضة بقدر ميراثه منها جاز، وقال ابن نافع عن مالك: يجوز بالثلث كله[٤]، وقال الشافعي: إن خالعته بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال

= لم يجب عليها شيء، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج، ولو طاوعت لم يكن للزوج شيء، وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة، وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك، فيكون الواجب ما رضيت ببذله، فأما إيجاب شيء لم يرض به فلا وجه له.

وانظر: «أحكام الإسقاط» (ص ١٧٩). «نظرية الغرر» (٢ / ٢٠٣ ـ ٢٠٦).

(١) «المدونة» (٢ / ٣٤٨ ـ ط دار صادر)، «شرح الزرقاني على خليل» (٤ / ٦٤).

(٢) «فقه أبي ثور» (١٥٧)، ومذهبه في «المهذب» (٢ / ٧١)، «المغني» (٧ / ١٨٥)، «رحمة الأمة» (٢١٦)، «الميزان» (٢ / ١١٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٤١).

(٣) كلام المصنف متجه، بشرط أن لا يقصد الأجنبي تخبيب المرأة على زوجها وإنما يكون قصده تخليصها مما هي فيه من شقاء وبؤس، وذلك لما أخرجه أبو داود (٢١٧٥، ٥١٧٠)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (١ / ٣٩٦)، وأحمد في «المسند» (٢ / ٣٩٧)، وابن حبان في «الصحيح» (٥٥٦٠ ـ الإحسان)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٣٩٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨ / ١٣)، و «الآداب» (٨٠) من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «من خبب عبداً على أهله، فليس منا، ومن أفسد المرأة على زوجها فليس منا»، وإسناده صحيح، والله أعلم.

(٤) «المدونة» (٢ / ٢٤١)، «الكافي» (٢٧٨)، «مواهب الجليل» (٤ / ٢٨)، «بلغة السالك» (١ / ٤١٣)، «شرح الزرقاني على خليل» (٤ / ٧٠، ٧٣)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٣٥٤).

وانظر مذهب الحنفية في: «فتح القدير» (٤ / ١٤٧ ـ ١٤٨)، «تبيين الحقائق» (٢ / ٢٤٧)، «الفروق» (١/ ١٨٠) للكرابيسي.

ومذهب الحنابلة في: «المحرر» (٢ / ٤٨)، «كشاف القناع» (٤ / ٤٨٠). ومذهب الظاهرية في: «المحلى» (١٠ / ٢١٨).

وإن كانت زيادة عليه كانت الزيادة في الثلث[١] فدليلنا عليه أن اعتبار مهر المثل في هٰذا الموضع لا معنى له ولأنه ليس في معاملته ما يقوم به لما قد بيناه؛ لأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له فما تبذله المرأة في مقابلته إنما هو في ما لا قيمة له، وذٰلك يكون في الثلث كالهبة[٢].

مسألة ١٢٢٤

إذا خالعها بعد الدخول ثم تزوجها في عدتها بصداقٍ مسمى ثم طلقها قبل أن يدخل بها استحقت نصف ذٰلك المسمى[٣] وقال أبو حنيفة: لها جميعه[٤] فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]؛ ولأنه طلاق في نكاح لم تمس فيه فلم تستحق به كمال المهر، أصله المتزوج ابتداء[٥].

مسألة ١٢٢٥

يجوز خلع الأب عن ولده الصغير[٦] خلافاً لأبي

---

(١) «مختصر المزني» (١٨٩)، «الإقناع» (١٥٢)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٥٨)، «روضة الطالبين» (٨ / ٧٣)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٩٤).

(٢) ما قرره المصنف قوي ومتجه، لأن لها صرف مالها في أغراضها وملاذها، وأما إن خالعها في مرض موته وأوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح، لأنه تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذٰلك، فإنه لو لم يبنها لأخذته بميراثها، وإن أوصى لها بأكثر من ميراثها منه، لم تستحق أكثر من ميراثها، وللورثة منعها من ذٰلك، لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذٰلك إليها، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله، وطلقها ليوصل ذٰلك إليها، فمنع منه كما لو أوصى لوارث، وإن أجاز الورثة جازت.
انظر: «أحكام الإسقاط» (ص ١٥٢).

(٣) «شرح الزرقاني على خليل» (٤ / ٧٥).

(٤) «الفوائد الزينية» (١٢٠).

(٥) ما قرره المصنف قوي ووجيه. والله أعلم.

(٦) «المدونة» (٢ / ٢٣٩)، «التفريع» (٢ / ٣٠)، «المعونة» (٢ / ٧٣٦) ـ وفيه ما نصه: «خلع الأب على ولده الصغير جائز عليه ذكراً كان أو أنثى، خلافاً لأبي حنيفة في منعه ذٰلك في الموضعين، وللشافعي في إجازته ذٰلك في الذكر ومنعه في الأنثى» ـ، «القوانين الفقهية» (٢٠١)، «الخرشي» (٤ =

حنيفة[١] والشافعي[٢]؛ لأنه إخراج ملك عنه بالعوض فجاز إذا كان فيه الحظ كالبيع، ولأنه لما ملك إنكاحه ابتداء ملك إزالة النكاح عنه بعوض كالبيع واعتباراً بالصغيرة؛ ولأن المصلحة قد تكون له في ذٰلك والأب غير متَّهم عليه[٣].

مسألة ١٢٣٦

خلع الأمة إذا كانت مأذونةً جائز إذا كان خلع مثلها وكان حظاً ويكون في مالها دون رقبتها، ودون مال السيد، وإنْ كانت غير مأذونة فإن أجازه السيد جاز، وإن رده مضى الطلاق واسترد المال من الزوج ولم يتبعها الزوج بعد العتق[٤] وقال أبو حنيفة: يتبعها الزوج إذا أعتقت وإن أذن لها السيد لزمها وبيعت فيه[٥]، ودليلنا على أنها لا تتبع به إذا كان بغير إذن السيد: إن السيد إذا فسخه عنها كان ذٰلك كحكم الحاكم بفسخه، كالعبد إذا نكح بغير إذن السيد ففسخه، فإن النكاح لا يلزم بعد عتقه، ولأن السيد يملك منع التصرف في ذمة عبده كما يملك منعه التصرف في ماله؛ فإذا كان له فسخه لعوض في مالها فكذٰلك في ذمتها.

ودليلنا على أنه إذا كان بإذن السيد فلا تباع: إن المعاوضة إذا وقعت بمراضاة

= / ١٣)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٣٤٨ و٤ / ١١٦)، «شرح الزرقاني على خليل» (٤ / ٦٥).

وهٰذا الذي يخرج على أصول مذهب الإمام أحمد.

انظر: «الإنصاف» (٨ / ٣٨٨، ٣٨٩)، «المغني» (٧ / ١٩٥ / رقم ٥٦٢٣)، «تقرير القواعد» (٣ / ١٢٨ ـ بتحقيقي)، «كشاف القناع» (٣ / ٣٩١، ٤٤٧ و٤ / ٥١٠ و٥ / ٢١٤).

(١) «الجامع الصغير» (١٧٥ ـ ١٧٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٦٩ / رقم ٩٨٨، ٩٨٩)، «الهداية» (٢ / ١٧)، «بدائع الصنائع» (٥ / ١٥٣)، «شرح فتح القدير» (٤ / ٢٣٧)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٤٥٨).

(٢) «الأم» (٥ / ٢٠٠)، «مختصر المزني» (١٦٥)، «المهذب» (٢ / ٩١)، «مغني المحتاج» (٢ / ١٧٤)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٤٠).

(٣) ما قرره المصنف قوي ووجيه، بشرط إذا رأى المصلحة له في ذٰلك.

انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢ / ٢٦).

(٤) «المدونة» (٢ / ٣٥١ ـ ط دار صادر)، «شرح الزرقاني على خليل» (٤ / ٧٠).

(٥) «المبسوط» (٧ / ١٧٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٦٩ رقم ٩٩٠).

لم تقع في رقبة العبد كالبيع؛ ولأنه خلع على مال فلم يتعلق بمال غير مَنْ بذله كخلع الحرة، ولأنَّ رقبة الأمة ملك السيد فلا تباع في خلع الزوج كسائر أموال السيد[١].

مسألة ١٢٢٧

إذا قال: خالعتك على ألفين وقالت بألف، فإن كانت له بيِّنة وإلا فيمينها[٢]، وقال الشافعي: يتحالفان ويكون عليهما مهر المثل[٣] فدليلنا قوله ﷺ: «اليمين على المدعى عليه»[٤]. ولأن التحالف موضع الفسخ وذلك لا يمكن في هذا الموضع؛ ولأن إيجاب مهر المثل يؤدي إلى أن يأخذ الزوج أكثر مما يدَّعي.

مسألة ١٢٢٨

إذا قال لها: كنتُ قد خالعتُك أمس بألف، ولم تقبلي. وقالت: كنتُ قد قَبلْتُ، فالقولُ قولُها[٥]، وقال أبوحنيفة القول قول الزوج[٦]، فدليلنا أنه أقر لها بإيجاب في عقد معاوضة، فكان القول قولها في القبول، أصله: لو قال: كنتُ بعتُك بالأمس عبدي بألف، فلم تقبلي. وقالت: كنت قبلتُ. كان القولُ قولها[٧].

* * * * *

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٢) «المدونة» (٢ / ٣٤٨ ـ ط دار صادر)، «التفريع» (٢ / ٨٢)، «الخرشي» (٤ / ٢٦، ٢٧).

(٣) «الأم» (٥ / ١٩٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٥٧٠).

(٤) مضى تخريجه.

(٥) «المدونة» (٢ / ٣٤٧ ـ ٣٤٨ ـ ط دار صادر).

(٦) قال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٧٣ / رقم ٩٩٧) عن الحنفية: «القول قول الزوج» وزاد الكرابيسي في «فروقه» (١ / ١٨١): «مع يمينه»، وكذا في «المبسوط» (٦ / ١٨١).

(٧) أجاب الحنفية بالفرق بين البيع والخلع، فقالوا: الفرق أن عقد البيع لا يكون إلا ببدل، فإذا أقر بالبيع فقد أقر بوجوب البدل، ووجوب البدل لا يكون إلا بقول المشتري، فصار كأنه قال: بعت وقبلت، ثم قال: لم تقبل، فلم يصدق وليس ذلك في باب الخلع والطلاق، لأنهما قد يكونان بغير بدل، فلم يكن إقراره بالخلع إقراراً بوجوب البدل له، وإذا لم يقر بوجوب البدل لم يكن مقراً بقبول المرأة البدل، فصارت تدعي عليه القبول، وهو ينكر، فالقول قوله مع يمينه، أفاده الكرابيسي.

بسم الله الرحمٰن الرحيم

كتاب الطلاق

مسألة ١٢٢٩

الطلاق في الحيض مُحَرَّم ويلزم إذا وقع[١]، خلافاً لابن عُلَيَّة[٢] وبعض أهل الظاهر[٣] والرافضية[٤]؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنه أنه طلق امرأته حائضاً، فقال النبي ﷺ: «مره؛ فليراجعها حتى تطهر»[٥]. والرجعة تتضمن نفوذ الطلاق. وفي حديث الليث بن سعد: «فإنْ كنتَ طلَّقتها ثلاثاً؛ فقد حرُمتْ عليك حتى تنكح زوجاً غيرك»[٦].

---

(١) «المدونة» (٢ / ٦٦)، «التفريع» (٢ / ٧٣)، «الرسالة» (٢٠١)، «الكافي» (٢٦٢)، «المعونة» (٢ / ٨٣٤)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٢)، «الشرح الكبير» (٢ / ٣٦١ ـ ٣٦٢)، «فصول الأحكام» (٤٣١)، «المنتقى» (٤ / ٩٥)؛ كلاهما للباجي.

(٢) مذهبه في: «المغني» (٧ / ١٠٠)، «الحاوي» (١٢ / ٣٨٦)، «حلية العلماء» (٧ / ٢١).

(٣) «المحلى» (١٠ / ١٦١).

وهٰذا مذهب هشام بن الحكم، نقله القفال في «حلية العلماء» (٧ / ٢١)، وهو اختيار ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٣ / ٦٦، ٧٢، ١٣٠)، ونصره أحمد شاكر في «نظام الطلاق في الإسلام» (٢٢ ـ ٣٠).

(٤) «شرائع الإسلام» (٣ / ٢٣)، «حلية العلماء» (٧ / ٢١).

(٥) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة﴾، رقم ٥٢٥١)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض، رقم ١٤٧١)، ومالك في «الموطأ» (٢ / ٥٧٦).

(٦) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٣٣٠)؛ من طريق شعيب بن زريق: أن عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال: نا عبدالله بن عمر بنحوه.

وإسناده ضعيف.

ولأنَّ كل حال تصح الزوجية فيها يصح إيقاع الطلاق فيها كالطهر، ولأنه إزالة ملك مبني على التغليظ والسراية؛ فليس يختص بزمان دون زمان؛ كالعتق[١].

مسألة ١٢٣٠

إذا طلّق في الحيض طلاقاً رجعياً أجبر على ارتجاعها[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣] والشافعي[٤]؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٥]، وطلاقها حال الحيض إضرار

= فيه عطاء بن أبي مسلم الخراساني، صدوق يهم كثيراً، ويرسل، ويدلس، وعنعنه. وشعيب صدوق يخطىء.

وهو بهٰذا اللفظ منكر، لذا قال البيهقي عقبه: «هٰذه الزيادة التي أتى بها عن عطاء الخراساني ليست في رواية غيره، وقد تكلموا فيه».

وانظر تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٣٨٣٣، ٣٨٣٤).

والصحيح أن اللفظ المذكور عن ابن عمر قوله، أخرجه مسلم في «صحيحه» (رقم ١٤٧١) من طريق الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر، قال مسلم: زاد ابن رمح ـ وهو شيخ لمسلم ـ في روايته: «وكان عبدالله إذا سئل عن ذٰلك قال لأحدهم: «أما أنت طلّقت امرأتك مرة أو مرتين، فإن رسول الله ﷺ أمرني بهٰذا، وإنْ كنت طلقتها ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك، وعصيت الله فيما أمرك من طلاق امرأتك».

(١) ثبت في «صحيح مسلم» (رقم ١٤٧١) بعد (٤) بسنده إلى ابن عمر؛ قال: «فراجعتُها وحسبتُ لها التطليقة التي طلَّقتُها»، وهو من أعلم الناس في هٰذه المسألة لوقوعها معه وسؤاله رسول الله ﷺ عنها وتعلق المخالفون بألفاظ في حديثه، انظرها والرد عليها في «الإرواء» (٧ / ١٢٤ ـ ١٣٨ / رقم ٢٠٥٩).

(٢) «المدونة» (٢ / ٦٧)، «التفريع» (٢ / ٧٤)، «الرسالة» (٢٠٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ٦٤ ـ ٦٥)، «الكافي» (٢٦٣)، «المعونة» (٢ / ٨٣٧)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٢)، «شرح الزرقاني» (٤ / ٨١).

(٣) «شرح معاني الآثار» (٣ / ٥١ ـ ٥٤)، «مختصر الطحاوي» (١٩٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٧٩ / رقم٨٨٣)، «البناية» (٤ / ٢٨٣ ـ ٣٨٤).

(٤) «الأم» (٥ / ١٨١)، «مختصر المزني» (١٩١)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٣)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٧٠ ـ ٢٧١).

(٥) ورد من حديث عبادة بن الصامت وابن عباس وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وجابر وعائشة وعمرو بن عوف وثعلبة بن أبي مالك القرظي وأبي لبابة.

= فحديث عبادة، رواه ابن ماجه في «السنن» (كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ٢ / ٧٨٤ / رقم ٢٣٤٠)، وعبدالله بن أحمد في «زوائد المسند» (٥ / ٣٢٦ ـ ٣٢٧)، والبيهقي في «السنن» (١٠ / ١٣٣)، وأبو نعيم في «تاريخ أصبهان» (١ / ٣٤٤)؛ كلهم من رواية موسى بن عقبة، عن إسحاق بن يحيى بن الوليد، عن عبادة بن الصامت: أن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار.

وقال أبو نعيم: إن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»، قال ابن عساكر في «الأطراف»: «وأظن إسحاق لم يدرك جد أبيه عبادة». نقله الزركشي في «المعتبر» (رقم ٢٩٥)، وابن حجر في «التهذيب» (١ / ٢٥٦)، والهيثمي في «المجمع» (٤ / ٢٠٥)، ومع ذٰلك؛ فقد ضعفه ابن عدي وقال: «عامة أحاديثه غير محفوظة».

وحديث ابن عباس، رواه عبدالرزاق في «المصنف»، وأحمد في «المسند» (١ / ٣١٣) عنه، وابن ماجه في «السنن» (٢ / ٧٨٤ / رقم٢٣٤١)، والبيهقي في «السنن» (٦ / ٦٩)، وابن عبدالبر في «الاستذكار» (٢٢ / ٢٢٣ ـ ٢٢٤ / رقم ٣٢٥١٨)؛ من طريقه أيضاً: عن معمر، عن جابر الجعفي، عن عكرمة، عن ابن عباس؛ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار، وللرجل أن يجعل خشبة في حائط جاره، والطريق الميتاء سبعة أذرع».

وتابع عبدالرزاق محمد بن ثور كما عند الطبراني في «الكبير» (١١ / ٣٠٢ / رقم ١١٨٠٦)، وجابر الجعفي فيه مقال كثير معروف، لٰكن الحديث ورد من وجه آخر:

خرَّجه الدارقطني في «السنن» (٤ / ٢٢٨)، وأبو يعلى في «المسند» (٤ / ٣٩٧ / رقم ٢٥٢٠) من طريق عبيدالله بن موسى، عن إبراهيم بن إسماعيل، عن داود بن الحصين، عن عكرمة، عن ابن عباس؛ أن النبي ﷺ قال: «للجار أن يضع خشبة على جدار جاره وإن كره، والطريق الميتاء سبع أذرع، ولا ضرر ولا ضرار».

وإبراهيم بن إسماعيل مختلف فيه، وثقه أحمد وضعفه أبو حاتم، وروايات داود عن عكرمة مناكير؛ فإسناده ضعيف.

وتابع إبراهيم بن إسماعيل: سعيد بن أيوب كما عند الطبراني في «الكبير» (١١ / ٢٢٨ ـ ٢٢٩ / رقم ١١٥٧٦): ثنا أحمد بن رشدين، ثنا روح بن صلاح، ثنا سعيد، عن داود، به موقوفاً على ابن عباس.

وإسناده واهٍ بمرة.

روح ضعيف، وابن رشدين متَّهم.

وأخرجه الخطيب في «الموضح» (٢ / ٩٦ ـ ٩٧) من طريق يعقوب بن سفيان، عن روح، به =

= مرفوعاً.

وأخرجه ابن أبي شيبة ـ كما في «نصب الراية» (٤ / ٣٨٤) ـ: ثنا معاوية بن عمرو، ثنا زائدة، عن سماك، عن عكرمة، به.

وإسناده رجاله كلهم ثقات، وفي رواية سماك عن عكرمة اضطراب.

وحديث أبي سعيد، رواه الدينوري في «المجالسة» (رقم ٣١٦٠ ـ بتحقيقي)، والدارقطني في «السنن» (٤ / ٢٢٨)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٥٧)، والبيهقي في «الكبرى» (٦ / ٦٩ ـ ٧٠)، وابن عبدالبر في «التمهيد» (٢٠ / ١٥٩)؛ كلهم من طريق الدراوردي عن عمر بن يحيى المازني، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري، به بلفظ: «لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضره الله، ومن شاق شق الله عليه»، وقال الدينوري: «لا ضرورة ولا ضرار، من ضار ضر الله به...» الحديث، وقال الحاكم: «صحيح الإسناد على شرط مسلم»، وهو كما قال، وقال البيهقي: «تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي».

ورواه مالك ـ يعني في «الموطأ» (٢ / ٧٤٥) ـ عن عمرو بن يحيى، عن أبيه: أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار» مرسلاً.

وأفاد ابن التركماني في «الجوهر النقي» أن عثمان لم ينفرد به كما قال البيهقي، بل تابعه على روايته عن الدراوردي موصولاً عبدالملك بن معاذ النصيبي، أخرجه ابن عبدالبر في «التمهيد»، وقال: «إن هٰذا الحديث لا يسند من وجهٍ صحيح»، وقال: «وأما معنى هٰذا الحديث؛ فصحيح في الأصول».

وليس كما قال أيضاً؛ فالدراوردي حافظ ثقة، وقد أسنده عنه اثنان، ومالك علم من حاله أنه يرسل كثيراً ما هو عنده موصول، ورجح ابن رجب في «جامع العلوم والحكم» (٢ / ٢٠٨) رواية الإرسال.

وحديث أبي هريرة، أخرجه الدارقطني في «السنن» (٤ / ٢٢٨) بإسناد فيه يعقوب بن عطاء، وهو ضعيف، وأبو بكر بن عياش مختلف فيه؛ كما في «نصب الراية» (٤ / ٣٨٥)، وحديث جابر أخرجه الطبراني في «الأوسط» ـ كما في «مجمع البحرين» (رقم ٢٠٠٢) و «نصب الراية» (٤ / ٣٨٦) ـ من طريق ابن إسحاق، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمه واسع بن حبان، به.

قال ابن رجب في «جامع العلوم والحكم» (٢ / ٢٠٩): «وهٰذا إسناد مقارب، وهو غريب، لٰكن خرجه أبو داود في «المراسيل» (رقم٤٠٧) من رواية عبدالرحمٰن بن مغراء عن ابن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع مرسلاً، وهو أصح»، ولأبي لبابة ذكر فيه.

وحديث عائشة، أخرجه الدارقطني في «السنن» (٤ / ٢٢٧) وفيه الواقدي وهو متروك، ومن طريق آخر ضعيف أيضاً الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع البحرين» (رقم ٢٠٠٣).

بها؛ لأنّه يطول عليها العدّة فيجب إزالته، ولا طريق إلى ذٰلك إلا بالارتجاع، وقوله ﷺ: «مره فليراجعها»[١]. وهٰذا أمر وهو على الوجوب؛ ولأن الرجعة إذا تعلقت بضرر كانت تابعة له في الثبوت والانتفاء، ألا ترى أن المعسر بالنفقة إذا طلق عليه فارتجع فإن مراجعتها معتبرة بيُسره؛ فإذا دام إعساره لم تصح فإنَّ في إثباتها إضراراً بها كذلك المولي؛ فإذا ثبت ذلك وجب في هذا الموضع إذا كان في منع الرجعة خوف ضرر بها أن يزال بارتجاعها لزوال الضَّرر عنها[٢].

= وحديث ثعلبة، أخرجه الطبراني في «الكبير» (رقم ١٣٧٧)، وفي إسناده إسحاق بن إبراهيم بن سعيد الصواف، وهو لين الحديث.

وحديث عمرو بن عوف، أخرجه ابن عبدالبر في «التمهيد» (٢٠ / ١٥٧ ـ ١٥٨)، وقال: «إسناده غير صحيح»؛ فالحديث صحيح لشواهده الكثيرة، ولذا قال النووي عن شواهده في «أربعينه»: «يقوي بعضها بعضاً»، وقال ابن الصلاح: «مجموعها يقوي الحديث ويحسنه، وقد تقبّله جماهير أهل العلم واحتجوا به»، وعد أبو داود السجستاني هٰذا الحديث من الأحاديث التي يدور عليها الفقه، وهٰذا مشعر بأنه يراه حجة، والله أعلم.

وانظر: «الإرواء» (٣/ ٤٠٨ ـ ٤١٤)، و «السلسلة الصحيحة» (رقم ٢٥٠).

(١) مضى تخريجه في المسألة السابقة.

(٢) القائلون بعدم الإجبار احتجوا بأن الأمر بالأمر بالشيء ليس أمراً بذٰلك الشيء، فإنه ﷺ قال لعمر: «مره»؛ فأمره بأن يأمره، وهٰذا ليس بصحيح لوجود قرينة قول على أن الآمر الأول أمر المأمور الأول أن يبلِّغ المأمور الثاني، وإنما استفتى عمرُ النبي ﷺ عن ذٰلك ليمتثل ما يأمره به، ويلزم ابنُه به، فعمر رضي الله عنه في هٰذا الكائنة كان مأموراً بالتبليغ، ولهٰذا وقع في بعض روايات البخاري: «فأمره أن يراجعها»، وفي رواية: «فليراجعها»، وفي رواية لمسلم (رقم ١٤٧١ بعد ٤): «فراجعها عبدالله كما أمره رسول الله ﷺ»، وفي رواية: «فإن النبي ﷺ أمرني بهٰذا».

واحتجوا أيضاً بأن ابتداء النكاح لا يجب؛ فاستدامته كذٰلك، ويجاب عنه: بأن الأمر ورد بها، أصله: العمرة، وحج النافلة.

ولما كان الطلاق محرماً في الحيض، كانت استدامة النكاح فيه واجبة، فلو تمادى الذي طلق في الحيض حتى طهرت، قال مالك وأكثر أصحابه: يجبر على الرجعة أيضاً. وقال أشهب منهم: إذا طهرت انتهى الأمر بالرجعة. ويرجح بأن فوات الأمر المحصور بين حدين، لا يجب إلا بأمر جديد، وهو معدوم في مسألتنا هٰذه.

(تفريع): اتفقوا على أنها إذا انقضت عدَّتها أن لا رجعة، وأنه لو طلق في طهر قد مسها فيه لا يؤمر =

مسألة ١٢٣١

والجمع بين الطلاق الثلاث في كلمة واحدة بدعة ويلزم إن وقع [(١)]. وقال الشافعي: هو مباح ليس بممنوع[(٢)]. وقال بعض أهل الظاهر: لا يقع أصلاً[(٣)]. وبعض المبتدعة يذهب إلى أنه يقع به واحدة[(٤)].

= بمراجعتها، كذا نقله ابن بطال وغيره، لكن الخلاف فيه ثابت، فقد حكاه الحناطي من الشافعية وجهاً.

واتفقوا على أنه لو طلق قبل الدخول وهي حائض لم يؤمر بالمراجعة إلا ما نقل عن زفر، فطرد الباب.

انظر: «نوادر الفقهاء» (٩٣)، «فتح الباري» (٩ / ٣٤٩)، «نيل الأوطار» (٧ / ٧١).

(١) «المدونة» (٢ / ٦٦)، «التفريع» (٢ / ٧٤)، «الرسالة» (٢٠١ ـ ٢٠٢)، «الكافي» (٢٦٢)، «المعونة» (٢ / ٨٣٥)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٢)، «عارضة الأحوذي» (٥ / ١٣٥)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٣٨، ١٤٠)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٢٩)، «مواهب الجليل» (٤ / ٣٨ ـ ٣٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٦٤)، «المنتقى» (٤ / ٣)، «قوانين الأحكام» (١٩٦).

(٢) «الأم» (٥ / ١٣٧)، «مختصر المزني» (١٩١)، «الحاوي» (١٢ / ٣٨٨)، «المهذب» (٢ / ١٠٧ ـ ١٠٨)، «المجموع» (١٨ / ١٩٢)، «روضة الطالبين» (٨ / ٩)، «حلية العلماء» (٧ / ٢١)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٠١ / رقم ٢١٩)، «المنهاج» (١٠٩)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٣٧١)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣١١ ـ ٣١٢).

وهذا مذهب أبي ثور، حكاه السيوطي في «شرحه على المجتبى» (٦ / ١٤٣).

(٣) قال القفال في «حلية العلماء» (٧ / ٢٢): «وقال أهل الظاهرية والشيعة: جمع الطلاق الثلاث حرام، وإذا جمع لم يقع».

وفي «المحلى» (١٠ / ١٦١)، «فقه داود» (٦٥٣): أنه يقع واحدة.

وعدم الوقوع هو مذهب الحجاج بن أرطأة. قال الجصاص في «أحكام القرآن» (١ / ٣٨٨): «ذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال: كان الحجاج بن أرطأة خشناً وكان يقول: طلاق الثلاث ليس بشيء».

(٤) ليسوا مبتدعة، بل هي أقوال لبعض الصحابة والتابعين رضي الله عنهم، قال ابن قدامة في «المغني» (١٠ / ٣٣٤ ـ ط هجر): «وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون: من طلق البكر ثلاثة فهي واحدة».

وقال ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٣ / ٤٦): «وكل صحابي من لدن خلافة الصديق إلى ثلاث =

ودليلنا على أنه بدعة قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ...﴾ [الطلاق: ١] الآية؛ فأمر بالطلاق للعدة وقرنه بما دل به على أن المراد به الطلاق الرجعي؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١]؛ أي: ندماً، فيكون للمطلق طريق إلى تلافيه بالارتجاع، ثم وصفه بما يقتضي الإثم وهو قوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [الطلاق: ١]؛ فدل على ما قلناه. وحديث

= سنين من خلافة عمر كان على أن الثلاث واحدة: فتوى أو إقراراً أو سكوتاً، ولهذا ادعى بعض أهل العلم أن هذا إجماع قديم، ولم تجمع الأمة ولله الحمد على خلافه، بل لم يزل فيهم من يفتي به قرناً بعد قرن، وإلى يومنا هذا فأفتى به حبر الأمة وترجمان القرآن عبدالله بن عباس، كما رواه حماد ابن زيد عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس، إذا قال: أنت طالق ثلاثاً، بفم واحد: فهي واحدة، وأفتى به الزبير بن العوام وعبدالرحمن بن عوف، حكاه عنهما ابن وضاح، وعن علي وابن مسعود.

وأما التابعون؛ فأفتى به عكرمة، رواه إسماعيل بن إبراهيم عن أيوب عنه، وأفتى به طاوس.

وأما تابع التابعين؛ فأفتى به محمد بن إسحاق، حكاه الإمام أحمد وغيره عنه، وأفتى به خلاس بن عمرو والحارث العكلي.

وأما أتباع تابعي التابعين، فأفتى به داود بن علي وأكثر أصحابه، حكاه عنهم ابن المغلس وابن حزم وغيرهما، وأفتى به بعض أصحاب مالك حكاه التلمساني في «شرح تفريع ابن الجلاب» قولاً لبعض المالكية، وأفتى به بعض الحنفية، حكاه أبو بكر الرازي عن محمد بن مقاتل، وأفتى به بعض أصحاب الإمام أحمد.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رضي الله عنه: وكان الجد يفتي به أحياناً».

قلت: تجد تخريج الآثار المذكورة في تعليقنا على «إعلام الموقعين»، يسر الله نشره بخير.

ونقله يوسف بن عبدالهادي في «سير الحاث إلى علم الطلاق الثلاث» (ص ٣٩ ـ ٤٠) وقال: «وقد كان يفتي به فيما يظهر لي ابن القيم، وكان يفتي به شيخ الإسلام ابن تيمية رضي الله عنه بلا خلاف، وكان يفتي به جدنا جمال الدين الإمام ـ هو العلامة الشيخ يوسف بن أحمد المقدسي الصالحي الحنبلي، توفي سنة ٧٩٨هـ، وله أكثر من كتاب في هذه المسألة والكتاب الذي ينقل منه المؤلف هو «التحفة والفائدة في الأدلة المتزايدة على أن الطلاق الثلاث واحدة». انظر ترجمته في: «الجوهر المنضد» (ص ١٧٣ ـ ١٧٦) ـ، ولم يرد عنه أنه أفتى بغيره»، ثم قال: «قلت: وقد كان يفتي به في زماننا الشيخ علي الدواليبي البغدادي، وجرى له من أجله محنة ونكاية فلم يدعه، وقد سمعت بعض شيوخنا يقويه، وظاهر إجماع ابن حزم أنه إجماع، لكنه لم يصرح به».

الحسن عن ابن عمر أنه قال: يا رسول الله! أرأيت لو أطلقها ثلاثاً؟ قال: «إذاً بانتْ منك وعصيتَ ربك»[١]، وحديث محمود بن لبيد[٢] الأنصاري؛ قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جمعاً، فقام غضبان فقال: «تلاعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم»[٣]. وهٰذا كالنص؛ ولأنه بيّن هٰذا الغضب لهٰذا الفعل الذي هو الجمع بين الثلاث في كلمة واحدة، ولأنه سبب يحرم البضع بفعله من غير حاجة؛ فوجب كونه ممنوعاً، أصله الظهار، ولأن الجمع بين الثلاث يتعلق به الندم في الغالب وله مندوحة عنه؛ فكان المنع متعلقاً به كالطلاق في الطهر الذي تمس فيه، ولأن الطلاق يتضمن وقتاً وعدداً، فإذا جاز أن يؤثّر المنع في الوقت لحق المرأة وهو أنّه يطول عليها فمنع من ذٰلك ليزيل الضرر عنها، جاز أن يؤثّر في العدد

---

(١) ورد نحو هٰذا اللفظ ضمن قصة أخرجها مسلم في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض، رقم ١٤٧١ بعد ٣).
وهٰذا السياق هو الصحيح، وقد أخرجه الدارقطني في «السنن» (٤ / ٣١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٣٣٠)، والطبراني ـ كما في «نصب الراية» (٣ / ٢٢٠) و «مجمع الزوائد» (٤ / ٣٣٦) ـ؛ من طريق عطاء الخراساني عن الحسن عن ابن عمر بنحو ما عند المصنف، وفيه نكارة، وفي رجاله عطاء الخراساني، قال ابن حبان: «كان عطاء من خيار عباد الله؛ غير أنه كان رديء الحفظ، كثير الوهم، يخطىء ولا يعلم، فلما كثر ذٰلك في روايته بطل الاحتجاج به». قاله محمد بن عبدالهادي في «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢١٠ ـ ٢١١).
وانظر غير مأمور: «معرفة السنن والآثار» (٥ / ٤٦١)، «الأحكام الوسطى» (٣ / ١٩٢)، «إتحاف المهرة» (٨ / ٢٩٦ / رقم ٩٤١٢)، «نصب الراية» (٣ / ٢٢٠)، «مجمع الزوائد» (٤ / ٣٣٦)، تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٣٩٠٣).

(٢) في الأصل والمطبوع: «الربيع»، والتصويب من مصادر التخريج و «المعونة» (٢ / ٨٢٨ ـ ٨٢٩).

(٣) أخرجه النسائي في «المجتبى» (٦ / ١٤٢ / رقم ٣٤٠١) من طريق ابن وهب: أخبرني مخرمة، عن أبيه؛ قال: سمعتُ محمود بن لبيد به، وقال: «لا أعلم رواه غير مخرمة».
قلت: في سماعه من أبيه كلام، وكان يحدث من كتابه، ومحمود بن لبيد صحابي من حيث الرؤية، تابعي من حيث الرواية.
وصحح إسناده أحمد شاكر في كتابه «نظام الطلاق»، وأعله عبدالحق في «الأحكام الوسطى» (٣ / ١٩٣) بالانقطاع، وابن حجر في «الفتح» (٩ / ٢٧٥) بالإرسال.

لحق الزوج وهو النّدم الذي يلحقه ليزول الضرر برفعه.

(فصل): ودليلنا على لزومه قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١]، يعني الندم الذي يمكن تلافيه بالرجعة فأمرنا أن نطلق ما نملك معه الرجعة لئلا يلحقنا ندم عليه؛ فلا يكون لنا سبيل إلى تلافيه، فلولا أنه يقع إذا أوقعناه على هٰذا الوجه، وإلا لم يكن لهٰذا القول معنى؛ لأن ما يحدث يمكن تلافيه بالرجعة على قول من يقول: يقع واحدة أو لا يؤثر على قول من يقول: لا يقع جملة، ولقوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [الطلاق: ١]، وهٰذا موضوعه الزجر عن الفعل والردع عنه.

فدل أنه واقع، وإلا لم يصفه بأنه ظالم نفسه؛ لأنه كان يكون لغواً واللاغي لا يقال له ذٰلك.

وحديث رُكَانَة أنه طلق امرأته البتة، فقال له رسول الله ﷺ: «ما نويت؟». فقال له: واحدة. فقال: «آلله؟». قال: الله. قال: «هو ما نويت»[1]. فلو كان ما

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥ / ٦٥)، والطيالسي في «المسند» (١١٨٨)، والدارمي في «السنن» (رقم٢٢٧٧)، والشافعي في «الأم» (٥ / ١٣٧)، والترمذي في «الجامع» (١١٧٧) وفي «العلل الكبير» (رقم ٢٩٨) ـ ومن طريقه ابن الأثير في «أسد الغابة» (٢ / ٢٣٦) ـ، وأبو داود في «السنن» (رقم ٢٢٠٦، ٢٢٠٧، ٢٢٠٨)، وابن ماجه في «السنن» (رقم ٢٠٥١)، وأبو يعلى في «المسند» (رقم ١٥٣٧، ١٥٣٨)، وابن حبان في «الصحيح» (٤٢٧٤ ـ «الإحسان»)، وابن عدي في «الكامل» (٥ / ٢٠٨)، والعقيلي في «الضعفاء الكبير» (٢ / ٨٩ ـ ٩٠، ٢٨٢)، والطبراني في «الكبير» (٥ / ٧٠ / رقم ٤٦١٢، ٤٦١٣)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ١٩٩)، والدارقطني في «السنن» (٤ / ٣٤، ٣٥) و «المؤتلف والمختلف» (٣ / ١١٦٤ ـ ١١٦٥)، وأبو الفتح الأزدي في «ذكر اسم كل صحابي روى عن رسول الله ﷺ أمراً ونهياً ومن بعده من التابعين وغيرهم ممن لا أخ له يوافق اسمه» (رقم ١٩٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢ / ٢١٨ و٧ / ٣٢٤) و «المعرفة» (٥ / ٤٧٠ / رقم ٤٤٣٠، ٤٤٣١، ٤٤٣٢)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (٢ / ١١١٣، ١١١٤ / رقم ٢٨٠٣ ـ ٢٨٠٦)؛ من حديث رُكانة.

وهو ضعيف.

قال الترمذي: «هٰذا حديث لا نعرفه إلا من هٰذا الوجه، وسألتُ محمداً ـ أي البخاري ـ عن هٰذا =

زاد عليها غير واقع لم يكن لإحلافه معنى، وحديث الحسن عن ابن عمر وقد ذكرناه أنه طلق امرأته فقال: يا رسول الله! أرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً؛ أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: «لا، كانت تبين منك وتكون معصية»[1]. وهٰذا نص.

وروى ابن المسيب أن رجلاً من أسلم طلّق امرأته ثلاثاً جمعاً، فقيل له: إن لك عليها رجعة، فدخلت امرأته على رسول الله ﷺ وأخبرته أنه طلقها ثلاثاً في كلمة واحدة فقال: «قد بِنْتِ منه ولا ميراث بينكما»[2].

ولأنَّ كلَّ ملك يزول بإزالته مفترقاً؛ فإنه يزول بإزالته مجتمعاً، أصله إعتاق العبيد، ولأنَّ الزَّوج يملك بالعقد الطَّلاق الثَّلاث؛ فلا يخلو أن يكون ملك إيقاعها متفرقة أو مجتمعة، أو كيف شاء من جمع أو تفريق، فلو كان لا يملك إلا مفترقاً لم يجز أن يملك غير المدخول بها لامتناع تفريق الثَّلاث عليها في العقد الواحد، فدلَّ أنَّه ملكه مجتمعاً ومفترقاً، ولأنَّ الطَّلاق تابع للنِّكاح بدليل أنه لا يثبت حكمه قبل وجوده، وقد ثبت جواز العقد على أربع نسوة بعقد واحد وعقود مفترقة، وكذٰلك

= الحديث، فقال: «فيه اضطراب، ويروى عن عكرمة عن ابن عباس».

قلت: انظر حديث ابن عباس في: «مصنف عبدالرزاق» (٦ / ٣٩٠)، «سنن أبي داود» (٢١٩٦)، «مسند أبي يعلى» (٢٥٠٠)، «مسند أحمد» (١ / ٢٦٥ / رقم ٢٣٨٧ ـ ط شاكر)، «سنن البيهقي» (٧ / ٣٣٩).

وانظر: «الأحكام الوسطى» (٣ / ١٩٦)، «تهذيب سنن أبي داود» (٣ / ١٣٤)، «فتح الباري» (٩ / ٢٧٥)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢ / ٣١١ ـ ٣١٢ و٣٣ / ١٥، ٨٦)، «زاد المعاد» (٥ / ٢٦٣)، «سير الحاث إلى علم الطلاق الثلاث» (ص ٣٠ ـ ٣١)، «الإرواء» (٧ / ١٤٤).

(١) مضى تخريجه في المسألة السابقة.

(٢) علقه سحنون في «المدونة» (٢ / ٦٧ أو ٤٢١ ـ ط أخرى)؛ قال: أشهب عن القاسم بن عبدالله أن يحيى بن سعيد حدثه أنّ ابن المسيب حدثه: أنّ رجلاً من أسلم به.

والقاسم هٰذا لعله ابن عبدالله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر، وهو متروك؛ فالإسناد ضعيف جداً.

وانظر: «تخريج الأحاديث النبوية الواردة في المدونة» (٣ / ١٠٠٩ / رقم ٣٩٢) وفيه: «لم أقف على من أخرجه بهٰذا اللفظ»، وحكم بضعفه.

يجب إيقاع الثلاث بلفظ واحد وثلاثة ألفاظ.

ودليلنا على أنه يقع للجميع ما ذكرناه، ولأنَّ كلَّ مَنْ لزمه حكم الثلاث متفرقات لزمه حكمها مجتمعات كالمطلِّق ثلاث نسوة بلفظ واحد[1].

---

(١) الراجح أن الطلاق الثلاث واحدة، كما صحت به السنة، واجتمعت عليه الصحابة في زمن رسول الله ﷺ وخلافة أبي بكر وبعض خلافة عمر، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ...﴾ إلى قوله سبحانه: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ...﴾ إلى قوله سبحانه: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ...﴾ إلى قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٢٨ ـ ٢٣٠]؛ فقد حكم الله سبحانه في هٰذه الآيات الكريمات في هٰذه المسألة ثلاث أحكام، فمن فهمها وتصورها على حقيقة ما هي عليه وقد أراد الله هدايته إلى قبول الحق إذا ظهر إلى القول به صح كلامه.

واعلم أن كتاب الله نص صريح: أن الطلاق الثلاث واحدة شرعاً، لا يحتمل خلافاً صحيحاً، وهٰذا هو النص شرعاً، فإن كل كلام له معنى لا يحتمل غيره فهو نص فيه، وإن كان لا يحتمل غيره لغة فهو نص لغة، وإن كان لا يحتمل غيره شرعاً فهو نص شرعاً، وكتاب الله في هٰذه الآيات لا يحتمل شرعاً غير أن الطلاق الثلاث واحدة.

ومن تصور هٰذه الأحكام وفهمها عرف موارد الشرع ومصادره، وكل واحد من هٰذه الدلائل السبعة على انفراده حجة، وهي:

الكتاب، والسنة، وإجماع الصحابة، ومقتضى القياس، والاعتبار الصحيح، وقواعد المذاهب، ولغة العرب، وقد دلت عليه السبعة، وقد قال الله تعالى أيضاً: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقد قال الله عز وجل: ﴿فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ﴾ [النساء: ٥٩]، معناه: وإلا؛ فلستم بمؤمنين حقاً، والألف واللام في قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ للعهد، والمعهود هنا: هو الطلاق المفهوم من قوله: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾، وهو الرجعي بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ﴾، فصار المعنى: الطلاق الذي الزوج أحق فيه بالرد مرتان فقط؛ فقد تقيد الرد الذي كان مطلقاً في كل مرة من الطلاق بمرتين منه فقط فلم يعرف، ولا فرق في الآية بين قوله في كل مرة: طلقتك واحدة أو ثلاثاً أو ثلاثين ألف.

فمن تصور معاني هٰذه الأحكام من الألفاظ وأراد الله هدايته علم أن لله نصاً صريحاً شرعاً في أن الطلاق الثلاث واحدة؛ لأن هٰذه الآيات لا تحتمل شرعاً غير ذٰلك عند من يفهم النص الشرعي، وينصف فيه، ويريد الله هدايته إلى قبول الحق، وينزع من قلبه الهوى والحمية في الانتصار للمذاهب، أو على ابن تيمية، وكتاب الله في هٰذه الآيات شرعاً لا يحتمل غير أن الطلاق الثلاث =

= واحدة عند من يفهم وينصف ويعرف قوته من الصحة من جهة سنده وموافقة الأصول لمعناه، ويخاف الله فيما يقضي به في دينه أو في عباده، ويعرف أن الله قد استرعى العلماء على دينه كما أنه قد استرعى الحكام على عباده، وكل راعٍ مسؤول عن رعيته»، ويتهيأ للاحتجاج بين يدي الله تعالى إذا سأله عما قضى به في دينه أو في عباده، وهو حافٍ عريان مكشوف الرأس بادي السوأة أقلف، يده مغلولة إلى عنقه.

وليس في شريعة الإسلام ما يدل على أن الله شرع طلاق الثلاث جملة، لا لفظاً ولا معناً ولا حكماً.

والكلام هنا على معنى الآيات الكريمات في حكم الطلاق جملة، سواء كانت ثلاث مرات أو مئة مرة، أو ثلاثين ألفاً، ذلك أن ضمير الآية في قوله سبحانه: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ﴾: إن طلقها مرة ثالثة فلا تحل له بعدها، المفهوم من قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ لا يجوز فيه شرعاً غير ذلك، وهذا الحكم مختص به شرعاً، أي بتحريم المطلقة عليه حتى تنكح زوجاً غيره، ويلزم أن يكون التحريم فيما بعد المرتين الأولتين، فإن كل واحدة من الأولتين له فيها الخيار بين الإمساك والتسريح بنص الآية، فيكون التقدير: فإن طلقها مرة ثالثة فلا تحل له، هذا لا يحتمل خلافاً.

فهذه الآية صريحها على هذا: أن الثلاث متفرقات، والله أعلم.

ويدل على التقدير لزوم أنه لا يجوز في الآية أن يقال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ﴾، لا يجوز أن يكون مستقلاً بنفسه، منفصلاً عما قبله؛ لما في ذلك من لزوم نسخ مشروعية الرجعة في الطلاق من دين الإسلام ولا قائل به، وذلك لما فيه من عود ضمير المطلق فيه إلى غير موجود في الكلام قبله، معين له، مختص بحكمه، فيكون عاماً في كل مطلق ومطلقة، ولا قائل به، وذلك أن قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ﴾ جملة مفيدة، والجملة نكرة، وهي في سياق شرط ونفي؛ فيعم كل مطلق ومطلقة، فيكون ذلك ناسخاً لمشروعية الرد في الطلاق في دين الإسلام ولا قائل به، فتعين أن يكون قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ﴾ إتماماً لما قبله: أي متصلاً به، ويكون الضمير فيه عائداً على موجود في الكلام قبله، معين له، مختص بحكم تحريمه في طلاقه إن طلق، وليس فيما قبله ما يصلح عود هذا الضمير إليه واختصاصه بهذا الحكم من التحريم شرعاً إلا المطلق المفهوم من قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾؛ لأنه لو عاد إلى من يطلق في صورة المفاداة المذكورة قبله كان التحريم مختصاً بطلاق المفاداة، ولا قائل به، ولو عاد إلى من يطلق في صورة الإيلاء المذكورة قبل هذه الآيات كان التحريم مختصاً بطلاق المولي، ولا قائل به، فتعين أن يكون الضمير عائداً إلى المطلق المفهوم من قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾، وهو في نظم الكلام متعين له شرعاً، لا يجوز عوده إلى غيره شرعاً وأن يكون تقدير الكلام: فإن طلقها مرة ثالثة فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره.

= وقد تبين أن معنى هٰذا الكلام وتقديره: أن الطلاق الرجعي مرتان فإن طلقها بعدهما مرة ثالثة فلا تحل له بعدها حتى تنكح زوجاً غيره، فلم يشرع الله التحريم إلا بعد المرة الثالثة من الطلاق، والمرة الثالثة لا تكون إلا بعد مرتين، شرعاً ولغة، وعرفاً وإجماعاً؛ إلا ما وقع في هٰذه المسألة بقضاء الله وقدره.

ومما يبين ويوضح بطلان تركيبهم شرعاً ولغةً في الطلاق الثلاث وفي غيره: أن لفظ التعدد فيه منصوب نصب المصدر، فإن تقدير الكلام: طلقتك طلاقاً، ومعنى المصدر في الكلام: طلقتك تطليقات ثلاثاً، ومعنى المصدر في الكلام إنما هو حكاية حال الفعل في صدوره عن الفاعل، والفعل له حالتان في صدوره عن الفاعل: حالة يكون فيها خبراً عما صدر وقوعه من الفاعل في الماضي، وحالة يكون فيها أداة لما يستعمل فيه من إنشاء العقود والفسوخ استعارة أو اشتراكاً.

فأما إذا أريد به الحكاية والخبر عن الماضي: فإن أريد به إخبار عن حقيقة الفعل ونفي المجاز عنه أتبع بالمصدر مطلقاً.

وأما إذا استعمل الماضي في إنشاء عقد أو فسخ عقد، سواء قيل: إنه على وجه الاستعارة أو الاشتراك؛ فإن أريد حقيقة العقد أو الفسخ أتبع المصدر مطلقاً، مثل طلقتها تطليقاً، وأما إن أريد تعدد العقد أو الفسخ بلفظ واحدة في مرة واحدة بمنزلة تعدده بالتكرار مرة بعد مرة، وأتبع بالعدد وحده أو مضافاً إلى المصدر المجموع، مثل طلقتك ثلاثاً وقصد به التعدد، أو قال في اللعان: أشهد بالله خمساً أو خمس شهادات، أو قال في القسامة: أقسم بالله خمسين يميناً، أو قال بعد الصلاة: «سبحان الله» مرة، ثم قال: ثلاثاً وثلاثين، وكذا: «الحمد لله»، وكذا: «الله أكبر»، وكذا لو قال في اليوم مرة واحدة: «سبحان الله وبحمده» وأتبعها مئة مرة؛ لم يكن بتكراره في الأيام والأوقات والعدد، فأما غير الطلاق؛ فلا خلاف فيه، وأما الطلاق؛ فوقع الغلط فيه قديماً.

وليس في شريعة الإسلام أن الله سبحانه شرع للرجل في طلاق امرأته ثلاث طلقات، ولا أنه حرمها عليه بثلاث طلقات حتى يقع الشك في جواز جمعها بمثل هٰذا التركيب مرة واحدة، أو أنه لا يجوز، والطلاق أبغض الحلال إلى الله، والله أعلم.

والقول في هٰذه المسألة بوقوع الطلاق جملة قد شذ، وهو غريب منفرد عن أمثال هٰذه المسألة، ليس له دليل في الشرع ولا نظير في اللغة.

وإنما غلط الناس في معاني دلائل هٰذه المسألة، وفي معنى سُنَّةِ عُمَرَ في العقوبة بإمضاء طلاق الثلاث جملة، لما أكثر الناس منه على ما فيه من التلاعب بحكم الله، كما غضب منه عمر، وغضب منه رسول الله ﷺ أيضاً.

وقد ذكر ابن القيم في «إغاثة اللهفان» لما تكلم على هٰذه المسألة: أن عمر رضي الله عنه ندم على =

= ما فعله فيها من إمضاء الثلاث. فإن صح ذٰلك؛ فهو ـ والله أعلم ـ خوفاً من مثل ما وقع فيها بسبب ذٰلك، من قيام سوق التحليل بتيوس اللعنة، فإنه إنما سن العقوبة بإمضاء الثلاث لما تمكن الشيطان من التلاعب بالناس في ذٰلك كثيراً، بخلاف ما كان قبل ذٰلك في زمن النبوة، وفي خلافة النبوة، فإنه كان قليلاً في ذٰلك الوقت.

وقد قدر الله سبحانه وتعالى بحكمته البالغة التي لا تدركها عقول عباده غلط أكثر الناس بعد الصحابة رضي الله عنهم في معنى ما سنه عمر من إمضاء الثلاث، واتخذوه شرعاً محتوماً من الشارع، وقضوا به على الناس، وفي هٰذا حرج عظيم على الناس، ولا ريب عند من يفهم وينصف ويريد الله هدايته إلى قبول الحق إذا تبين: أن دلائل الشرع تدل على أنه واحدة شرعاً بالكتاب والسنة، فجعل الله غلط الغالطين في سنة عمر سبباً لما قدره من تضييع حكم هٰذه المسألة، كما قد يضيع حكم غيرها.

قاله يوسف بن أحمد المقدسي الحنبلي (ت ٧٩٨هـ)، ونقله عنه حفيده يوسف بن عبدالهادي في «سير الحاث» (ص ٥٠ وما بعد)، ونقل عنه أيضاً قوله: «فقد اجتمع عندي من الدلائل الصحيحة على صحة القول بأن الطلاق الثلاث واحدة سبعة أبواب من دلائل صحيحة، لا يعرف اجتماع مثلها على قول في مسألة خلافية، بل ولا في مسألة إجماعية فيما عرفت، ولا أعرف للقول بمضي طلاق الثلاث في مثل هٰذا الوقت.

وقد قامت سوق التحليل له مجالاً في دين الإسلام، ولا فيه شبهة صحيحة ولا قوية، ولا هٰذا يشكل على من يفهم وينصف ويريد الله هدايته إلى قبول الحق إذا تبين، بعد نظره في هٰذه الدلائل، فإن كل باب منها على انفراده يكفي حجة بين يدي الله وعند من يفهم وينصف على القضاء في دينه بأن الطلاق الثلاث واحدة، مع معرفة حديث بريدة.

أحدها: كتاب الله على وجه التخصيص كما تقدم.

الثاني: السنة، وهي الأحاديث الثلاثة الصحيحة التي رواها طاوس عن ابن عباس وأبي الصهباء: أن الطلاق الثلاث كانت واحدة في زمن النبوة وفي خلافة النبوة، وفي بعض زمن عمر، ولم يصح في الباب شيء غيرها، وليس للطعن فيها مجال.

الثالث: الإجماع في زمن النبوة وخلافة النبوة وبعض زمن عمر، ولا تشريع بعد رسول الله ﷺ، وليس في الإجماعات أصح من هٰذا الإجماع.

الرابع: القياس الصحيح على مواقع الإجماع في كل ما يماثل حكم هٰذه المسألة.

الخامس: الاعتبار الصحيح بأحكام الله في عباده، الموافقة لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

مسألة ١٢٣٢

طلاق السنة واحدة فقط ولا يطلّق في كل طهر [أكثر من] طلقة، فإن فعل؛ فالأولى للسنة والأخريان للبدعة(١)، وقال أبو حنيفة: طلاق السنة أن يطلق ثلاثاً في كل طهر طلقة قبل الجماع(٢).

فدليلنا قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، وذلك يوجب أن يطلق طلاقاً يوجب عدة في حال تعتد منه، وهذا الطلاق الثاني والثالث لا يوجب عدة، فكان موقعاً على خلاف المأمور به، ولأنه تعالى قال عقيبه: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ۞ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ١ ـ ٢]، وذلك يفيد ما دون الثلاث؛ لأن الثلاث لا رجعة فيها ولا يمكن

= السادس: قواعد المذاهب بالحكم في كل ما يماثل هذه المسألة بما يماثل هذا القول، بأن الطلاق الثلاث واحدة.

السابع: قواعد اللغة كما تقدم بيانه».

ثم قال: «وقد بسط الكلام في كتاب «التحفة والفائدة»»، ثم قال: «وقد جعلت على نفسي في كل مسألة من هذه المسائل التي أراني الله فيها أن قول ابن تيمية هو شريعة الإسلام من يريني شريعة إسلامية يصح الاعتماد عليها في مخالفتي، أو أجد أحداً فاهماً لبيباً يفهم ما يقول وما يقال وكيفية الاستدلال، بحيث يعرف من نفسه فيما يعرفه أنه يعرفه فلا يتمارى فيه وفيما لا يعرفه، أنه يعرفه فلا يماري فيه، ولا أجد إلا من لا يدري ولا يدري أنه لا يدري؛ فلا حول ولا قوة إلا بالله».

قال: «وقد جعلتُ عليَّ إن وجدت لما يقولون أصلاً أو دليلاً يردّني أن أتصدّق بألفٍ».

(١) «المدونة» (٢ / ٧٠)، «التفريع» (٢ / ٧٥)، «الرسالة» (٢٠٢)، «الكافي» (٢٦٢ ـ ٢٦٣)، «المعونة» (٢ / ٨٣٥)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩١)، «مواهب الجليل» (٤ / ٣٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٦٤)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٣٨، ١٤٠).

وهذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٠ / ٣٣٠ ـ ٣٣١)، «الإنصاف» (٨ / ٤٥١ ـ ٤٥٢)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٠٩)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٧٩ ـ ٨٠)، «كشاف القناع» (٥ / ٢٣٩ ـ ٢٤٠).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٩٢ ـ ١٩٤)، «اللباب» (٣ / ٣٨ ـ ٣٩)، «الاختيار» (٣ / ١٢٢)، «فتح القدير» (٣ / ٤٦٧)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٢٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٣٧٥ / رقم ٨٧٩)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٣٩٧ ـ ٣٩٨).

تلافيها، ولأنه أردف طلاقاً من غير ارتجاع؛ فلم يكن للسّنَّة، أصله إذا طلق في الطهر الواحد ثلاثاً، ولأنه طلاق لمدخولٍ بها لا يوجب عدة فلم يكن للسُّنَّة، أصله ما ذكرناه، ولأن المعنى الذي له لا يمكنه تلافيه بالرجعة وهٰذا موجود في المطلِّق ثلاثاً في كل طهر تطليقة؛ لأن تفريقه لا يخرجه عن النَّدم[1].

مسألة ١٢٣٣

اليائسة والصغيرة المدخول بهما يطلقهما أي وقت شاء[2]، وقال زفر: إذا دخل بهما فلا يطلِّقهما حتى يفصل بين الجماع والطَّلاق بشهر[3].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، وقوله ﷺ في

---

(١) ثبت في «الصحيحين» عن نافع عن ابن عمر: أنه طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذٰلك فقال: «مُرْهُ فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إنْ شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمسّ، فتلك العدّة التي أمر الله أن تطلق لها النساء».
قال ابن القيم في «إغاثة اللهفان» (١٦٢ ـ ١٦٣) بعد بيان أنواع الطلاق: «وهٰذا كتاب الله عز وجل قد تضمن هٰذه الأنواع الأربعة وأحكامها، وجعل سبحانه وتعالى أحكامها من لوازمها التي لا تنفك عنها؛ فلا يجوز أن تتغير أحكامها البتة، فكما لا يجوز في الطلاق قبل الدخول أن يثبت فيه الرجعة ويجب به العدة، ولا في الطلقة المسبوقة بطلقتين أن يثبت فيها الرجعة وأن تباح بغير زوج وإصابة، ولا في طلاق الفدية أن يثبت فيه الرجعة؛ فكذٰلك لا يجوز في النوع الآخر من الطلاق أن يتغير فيقع على وجهٍ لا يثبت فيه الرجعة؛ فإنه مخالف لحكم الله تعالى الذي حكم به فيه، وهٰذه صفة لازمة له، فلا يكون على خلافها البتة، ومن تأمل القرآن وجده لا يحتمل غير ذٰلك، فما شرع الله سبحانه الطلاق إلا وشرع فيه الرجعة، إلا الطلاق قبل الدخول، وطلاق الخلع، والطلقة الثالثة، فبيننا وبينكم كتاب الله، فإن كان فيه شيء غير هٰذا؛ فأوجدونا إياه».
قلت: ومنه تعلم صواب ما قرره المصنف، والله الموفق.
وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (٦ / ٣٠٢)، «سنن سعيد بن منصور» (١ / ٢٦٠)، «الإشراف» (١٦١) لابن المنذر، «المحلى» (١٠ / ١٧٢)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٣ / ٧٩، ٨٠)، «نظام الطلاق في الإسلام» (ص ٧٤ ـ ٧٧) للعلامة أحمد شاكر.

(٢) «المدونة» (٢ / ٤٢٠ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢ / ٨٣٧ ـ ٨٣٨)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٢) ـ وفيه: «... فلا بدعة في الصغيرة واليائسة والمستحاضة غير المميزة إلا في العدد» ـ.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٣٧٧ / رقم ٨٨١)، وهو قول الحسن بن حي.

حديث ابن عمر: «ليطلقها طاهراً من غير جماع أو حاملاً قد استبان حملها»[(١)]، فأباح طلاق الحامل لظهور الحمل، وذٰلك يقتضي أنه إذا جامعها وحملها ظاهر؛ فله أن يطلقها عقيب الجماع واحدة لا يفصل بين الحامل والحائل في ذٰلك، ونقيس عليها فنقول: لأنها ممن تعتدّ عقيب الجماع وتعرف عدّتها؛ فجاز طلاقها في تلك الحال؛ كالحائل، ولأنه فصل لا يستفاد به السلامةمن طلاق في طهر جومع فيه ولا يستفاد منه معرفة جنس العدة؛ فلم يحتج إليه، أصله ما زاد على الشهر[(٢)].

مسألة ١٢٣٤

إذا طلق واحدة للسُّنَّة ثم ارتجعها ثم أراد أن يطلقها في ذٰلك الطهر؛ فذٰلك له إذا لم يقصد الإضرار بها[(٣)]، وقال أبو يوسف: ليس له ذٰلك»[(٤)].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، ولأنه طلاق يوجب عدة غير ملتبسة في طهر لزوجة؛ كالمبتدأة[(٥)].

---

(١) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، رقم ١٤٧١ بعد ٤) بلفظ: «مره فليراجعها، ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً».
وأخرجه البيهقي (٧ / ٣٢٥) عن ابن مسعود قوله في قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]: «طاهراً من غير جماع»، وقال: «زاد فيه بعض الرواة: أو حَبَل قد تبيَّن، ولم أجده في الروايات المحفوظة».
وأسند عن ابن عباس: «الطلاق على أربعة وجوه: وجهان حلال، ووجهان حرام، فأما الحلال؛ فأن يطلّقها طاهراً من غير جماع، أو يطلقها حاملاً مستبيناً حملها»، وأسند نحوه ابن جرير في «تفسيره» (١٤ / ١٣٠) عن ابن سيرين والحسن قولهما.
وانظر: «شرح معاني الآثار» (٣ / ٥١).

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه.
وانظر: «نظام الطلاق في الإسلام» (ص ٦٥ ـ ٦٦) لأحمد شاكر.

(٣) «جامع الأمهات» (ص ٢٩٢)، «أحكام القرآن» (١ / ٧٩)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٣٨).

(٤) «بدائع الصنائع» (٣ / ١٢٦)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٣٩٧، ٣٩٨).

(٥) لم يأذن الله عز وجل للرجل بالرجعة إلا مقيدة بعدم الإضرار؛ كقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَٰحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ﴾ [البقرة: ٢٣١]، =

مسألة ١٢٣٥

إذا طلَّقها حائضاً فراجعها فطَهُرت لم يطلقها حتى تحيض ثم تطهر[1]، وحكى الكرخي عن أبي حنيفة: أن له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيض الذي طُلِّقت

= والطلاق والرجعة بإرادة الرجل وحده عملان مستثنيان من القواعد العامة، أذنه الله بهما بصفات خاصة، فلا يملك منهما إلا ما أذن به، والشأن هنا في الرجعة أقوى؛ لأن الله سبحانه جعل الرجل أحقّ بها بشرط صريح، وهو إرادة الإصلاح، فإذا تخلف الشرط لم يكن الرجل أحق بردها، فصار لا يملك هٰذا الحق، وإذا كان للمرأة أن تطلب الطلاق للمضارة فأولى أن يكون لها الحق في طلب الحكم بإبطال الرجعة للمضارة أيضاً، وهٰذا بديهي.

قال أبو بكر بن العربي في «أحكام القرآن» (١ / ٧٩): «قوله تعالى: ﴿إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَٰحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨] المعنى: إن قصد بالرجعة إصلاح حاله معها وإزالة الوحشة بينهما، لا على وجه الإضرار والقطع بها عن الخلاص من ربقة النكاح؛ فكذٰلك له حلال، وإلا لم يحل له، ولما كان هٰذا أمراً باطناً جعل الله تعالى الثلاث علماً عليه، ولو تحققنا نحن ذٰلك المقصد لطلقنا عليه».

قلت: ادعاء أن هٰذا أمر باطن وأن الله جعل الثلاث عَلَماً عليه ادعاء مجرد؛ لأن الطلقة الثالثة لها حكم غير حكم الطلقة الرجعية، وقصد المضارة ليس أمراً باطناً صرفاً، بل هو من الأمور التي يمكن التحقق منها بالقرائن والأدلة، وقد ذهب المالكية الذين منهم ابن العربي إلى جواز التطليق من القاضي للمضارة، فلماذا أمكن التحقق منه لإرادة التطليق ولم يمكن لإبطال الرجعة؟!

وقال شارح «المقنع» (٢ / ٢٥٨): «قال الشيخ تقي الدين ـ يعني: ابن تيمية ـ: لا يمكن من الرجعة إلا من أراد إصلاحاً وأمسك بمعروف، فلو طلق إذن ففي تحريمه الروايات، وقال: القرآن يدل على أنه لا يملكه، وأنه لو أوقعه لم يقع، كما لو طلق للبائن ومن قال: إن الشارع ملَّك الإنسان ما حرَّم عليه؛ فقد تناقض».

ولا مضارة أكبر من أن يراجع وهو يقصد بهٰذه الرجعة إلى إيقاع طلقة أخرى، وهٰذا التطليق دليل قوي على القصد إلى المضارة بالرجعة، وعلى أنه لم يُرد بها الإصلاح، وكذٰلك إذا راجعها ولم يعلمها بهٰذه الرجعة حتى تخرج من العدة، فإن رجعته باطلة، وقد بانت منه.

قال ابن حزم في «المحلى» (١٠ / ٢٥٣): «إنما يكون البعل أحق بردها إن أراد إصلاحاً بنص القرآن، ومن كتمها الرد بحيث لا يبلغها فلم يرد إصلاحاً بلا شك، بل أراد الفساد؛ فليس رداً ولا رجعة أصلاً». من «نظام الطلاق في الإسلام» (ص ١٢١ ـ ١٢٣).

وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٣ / ٧٩، ٨٠)، «المحلى» (١٠ / ٢٥٣، ٢٥٥).

(١) «المدونة» (٢ / ٤٢٢ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢ / ٨٣٥)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٢).

فيه[١] .

فدليلنا قوله عليه السلام: «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك»[٢] .

مسألة ١٢٣٦

إذا كانت له أربع نسوة فقالت إحداهن: طلقني، فقال: كل امرأة لي طالق، أو قال: كل نسائه طوالق، فأطلق ذلك طُلِّقَت السَّائلةُ وغيرُها إلا أن يُعلَم من قَصْده أنَّه أراد غير السَّائلة[٣]، وحكى الإسفرائيني عَنا أن السائلة لا تُطَلّق ويُطَلّق من سواها، وأخطأ علينا في ذلك كعادته فيما يحكيه عنا وعن غيرنا فنقول الآن قوله: نساؤه طوالق لفظ عام يتناول جميع نسائه؛ فوجب حملُه على عمومه، أصله إذا قال ابتداء[٤] .

مسألة ١٢٣٧

إذا قال لها: أنت طالق ونوى ثلاثًا كانت ثلاثًا[٥] خلافًا لأبي حنيفة في قوله

---

(١) مختصر الطحاوي» (١٩٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٧٨/ رقم ٨٨٢).

(٢) مضى تخريجه.
وما قرره المصنف قوي ووجيه، وانظر آخر تعليق على مسألة (رقم ١٢٣٢).

(٣) «المدونة» (٢/ ١٢١).

(٤) الصور التي لا تقصد من العموم عادةً إما لندورها أو لاختصاصها بمانع ، لكن يشملها اللفظ مع اعتراف المتكلِّم بأنه لم يرد إدخالها فيه، هل يحكم بدخولها أم لا؟
في المسألة خلاف ، ويترجَّح في بعض المواضع الدخول وفي بعضها عدمه، بحسب قوة القرائن وضعفها. قاله ابن رجب في «تقرير القواعد» (٢/ ٥٩١ ـ بتحقيقي)، وخرج عليه هذه المسألة. وانظره أيضًا (١/ ٦٤).
وانظر في المسألة: «نوادر الفقهاء» (ص ٩٩/ رقم ٩١) ـ وفيه: «وأجمعوا أن ذلك الرجل إن لم ينوِ واحدةً منهنَّ بعينها أنهن لا يطلقن عليه جميعًا؛ إلا مالك بن أنس ـ رضي الله عنه ـ، فإنه قال: هن طوالق جميعًا»ـ، «تكملة المجموع» (١٧/ ٢٥١)، «الإفصاح» (٢/ ١٥٦)، «حلية العلماء» (٧/ ١١٧).

(٥) «المدونة» (٢/ ٤٠١ ـ ط صادر)، «المعونة» (٢/ ٨٥٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٧).

تكون واحدة[١]؛ لأنها صيغة محتملة للعدد قابلة له، واللفظ إذا احتمل شيئًا فنوى به قُبِل من ناويه اعتبارًا بقوله: أنت الطلاق، ولأن قوله أنت طالق نعت اسم الفاعل من طلقت فهي طالق؛ فهو كقولك: زيد ضارب وقاتل، ومعلوم أن ذلك يصح للواحد والاثنين والثلاثة، فكذلك طالق، ولأن المطلقة ثلاثًا تشارك المطلقة واحدة في الوصف لها بأنها طالق إذا كان الاسم مستعملاً فيها، فدلَّ على قبوله بعدد طلاقها، ولأنّ قوله أنت طالق نعت لمصدر محذوف تقديره: أنت طالق طلاقًا، وذلك المصدر قابل للعدد باتفاقنا وإظهاره كتركه، لأنه معلوم من اللفظ ، فإذا كان المصدر قابلاً للعدد جاز أن يوصف نعتًا بما يصح وأن يقبله لو أظهره، ولأنَّ الاتفاق[٢] حاصل على أنه إذا قال أنت طالق ثلاثًا طلقت ثلاثًا، وليس يخلو قولنا ثلاثًا من أن يكون تفسيرًا أو بيانًا لما أبهم من عدد قوله: أنت طالق أو كلامًا مبتدأ أو أن يكون لمجموعهما صيغة مُبَيِّنَة لإفادة الطلاق الثلاث، فإن كان تفسيرًا فذلك ما نقوله؛ لأنه لو لم يحتمله لم يكن مفسرًا له، وإن كان مبتدأ؛ فذلك باطل؛ لأنه لو كان مبتدأ لامتنع إيقاعه على التي لم يدخل بها لأنه يردّ عليه بعد البينونة، ولأنه نصب على التمييز كقوله: عشرون درهمًا، ولأنه ليس بمستقل بنفسه فلم يكن مبتدأ أو لأنه يوجب إذا قال: أنت طالق اثنتين أن يطلق ثلاثًا، وكل ذلك يبطل أن يكون مبتدأ؛ وإذا كان لمجموعه صيغة مُبَيِّنَة؛ فذلك شاهد لنا لأن اسم الصيغة إذا صحَّ بيان العدد المراد به قوله: أنت بائن لفظًاصح بيانه فيه، كقوله: أنت بائن وأنت الطلاق، ولأن كل لفظ ملك الطلاق لو صرح فيه بالثلاث لصح استعماله فيه فكذلك إذا أراد به أصله أنت بائن وأنت الطلاق ، ولأن كل لفظ ملكت المرأة به إيقاع الثلاث إذا جعل إليها؛ فإن الزوج يملكه، أصله أنت الطلاق، ولأن كل منحصر يملك إيقاع الثلاث بالصريح ملكه بقوله: أنت طالق البتة، أصله المرأة إذا وكَّلها

---

(١) «مختصر الطحاوي» (١٩٧)، «القدوري» (٧٤)، «اللباب» (٣/ ٤١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤١٠/ رقم ٩١٨)، «طريقة الخلاف في الفقه» (١٠٣ ـ ١٠٥)، «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥٨)، «الاختيار» (٢/ ١٨٦)، «رؤوس المسائل» (٤١٣).

(٢) لم يصح هذا الاتفاق البتة، انظر ما علقناه على مسألة (١٢٣١).

الزَّوج[١].

---

(١) الذي يفهم من أقوال جمهور من تعرضوا لهذا البحث من العلماء: أنهم يريدون بالطلاق الثلاث لفظ «طالق ثلاثًا» وما في معناه، أي لفظ الطلاق موصوفًا بعدد لفظًا أو إشارة أو نحو ذلك، ويعتبرون أن الخلاف بين المتقدمين في وقوع الطلاق الثلاث أو عدم وقوعه إنما هو في هذه الكلمة وما في معناها، بل ويحملون كل ما ورد في الأحاديث والأخبار من التعبير عن إيقاع طلقات ثلاث على أنه قول المطلق «طالق ثلاثًا»، وكل هذا خطأ صرف وانتقال نظر غريب، وقلب للأوضاع العربية في الكلام، وعدول عن استعمال صحيح مفهوم إلى استعمال باطلٍ غير مفهوم، ثم تغالوا في ذلك حتى قال قائلهم: «إذا خاطب امرأته بلفظٍ من ألفاظ الطلاق؛ كقوله: أنت طالق، أو: بائن، أو: بتة، أو ما أشبهها، ونوى تطليقتين أو ثلاثًا وقع» فجعلوا النية تقوم مقام العدد اللفظي.

ووجه الخطأ في ذلك: أن العقود؛ كالبيع والنكاح، والفسوخ؛ كالإقالة والطلاق؛ حقائق معنوية، لا وجود لها في الخارج إلا بإيجادها بالدلالة عليها بالألفاظ التي وُضِعت لها، في العرف اللغوي في الجاهلية، ثم العرف الشرعي في الإسلام؛ كقوله: بعت ونكحت وأقلت وطلقت؛ فهذه الحقائق توجد عند النطق بالألفاظ الموضوعة لها بشروطها لا قبله، سواء أقلنا: إنها إخبار لفظًا ومعنى، وإنها دلت على المعنى بالاقتضاء بأن يكون حكايةً عن تحصيل البيع أو نحوه، وهو متوقف على حصول المعنى الموجب فهو لازم متقدم، كما ذهب إليه الحنفية وغيرهم، أم قلنا: إنها إخبار لفظًا إنشاءٌ معنى كما هو مذهب الشافعية، فإن الخلاف في هذا يكاد يكون شكليًا، وإنما المفهوم الواقع على القولين أن هذه الحقائق من عقودٍ وفسوخ لا تتحقق ماهيتها المعنوية ولا توجد آثارها في الخارج إلا عند النطق بالألفاظ الدالة عليها، وأنها هي التي تنشئها وتوجدها، ثم تدل على وجودها ولذلك لو قيلت على سبيل الإخبار المحض عن الماضي لم تدل على الإنشاء والإيجاد، وكان الإخبار إما صدقًا وإما كذبًا فقط، ولذلك قالوا: «لو قال الرجل لمطلقته الرجعية في العدة: طلقتك؛ سئل عن نيته، فإن نوى الإنشاء يقع الطلاق الآخر، وإن نوى الإخبار لا يقع».

فقول القائل: «أنت طالق» يوجد به حين القول حقيقة معنوية واقعية؛ هي الطلاق، أو هي فسخ وإنهاء لعقد الزواج الذي بينهما بصفة خاصة لها أحكام معينة، ووصفه بعد ذلك هذا الفعل بالعدد (مرتين) أو «ثلاثًا» وصف باطل غير صحيح، وهو لغو من القول؛ إذ أن قوله: (ثلاثًا) مثلاً صفة لمفعولٍ مطلق محذوف، هو مصدر الفعل، وهو (طلاقًا)، وهذا المصدر هو الذي تحققت به الحقيقة المعنوية عند النطق؛ كقوله: «أنت طالق»، وتحققها بهذا المصدر إنما يكون مرة واحدة ضرورة، ولا تتحقق مرة أخرى إلا بنطق آخر مثل سابقه، أي يقصد به الإنشاء والإيجاد، وأما وصف المصدر بأنه مرتان أو ثلاث؛ فإنه لا تتحقق به حقيقة جديدة؛ لأن الإنشاء إنما يكون في الحال، أعني: حال النطق، ولا يكون ماضيًا ولا مستقبلاً، والتكرار يستدعي زمناً آخر للثاني ثم للثالث؛ فلا يكون زمنها=

= كلها حالاً؛ إذ إنه محال عقلاً.

وهكذا الشأن في نظائره، فلا يسوغ لك أن تقول: «بعت ثلاثًا» على معنى القصد إلى إيجاد عقد البيع وإنشائه، وكذلك في الجمل الإنشائية الصرفة، لا يسوغ أن تقول: «سبحان الله ثلاثًا» أعني هذه الجملة كما هي؛ لأنك تقصد بها إلى تسبيح الله تعالى؛ فاللفظ بها تنزيه وتسبيح مرة واحدة، فصار قولك: «ثلاثًا» لغوًا لا يتسق مع صواب القول في الوجه العربي، وأما قول القائل: «اضرب ثلاثًا»؛ فإنه نوع آخر، وذلك أنه إنشاءٌ للأمر بالضرب مرة واحدة أيضًا، وهو المعنى الوضعي لفعل الأمر، وكلمة «ثلاثًا» وصف أيضًا للمصدر المضمر في الفعل، أعني «ضربًا»، وهو الذي قد يحصل في المستقبل طاعة لمدلول صيغة الإنشاء، وقد لا يحصل عند العصيان، وليس هو ـ أي المصدر ـ مدلول الصيغة؛ لأنه قد لا يحصل إذا خالف المأمور الأمر، فلم يفعل ما أمر به، مع أن مدلول الصيغة قد تم وتحقق، وهو حصول الأمر من الآمر، بخلاف أنواع الإنشاء اللفظي أو المعنوي التي يكون مدلولها حقيقة لا تتحقق ولا توجد إلا بنفس النطق بها وحده، فلا يمكن تكرار المدلول إلا بتكرار اللفظ الدال عليه.

وهذا الذي قلنا كله بديهي لا يعارض فيه أحد فكر ودقق وتحقق من المعنى ثم أنصف.

ونظائر ذلك في الشريعة كثير، فإن الملاعن أمر بأن يقول أربع مرات «أشهد بالله إني لمن الصادقين»، فلا بد لطاعة الأمر من أن يقول هذه الجملة مرارًا أربعة مكررة في اللفظ، أما إذا قال: «أشهد بالله أربع مرات إني لمن الصادقين» لكان قوله هذا معدودًا مرة واحدة، وبقي عليه ثلاث، لا أقول إن هذا إجماع ـ وهو إجماعٌ فعلاً ـ، ولكن أقول: إنه بالبداهة التي لا يقبل في العقل غيرها ولا يتصور أحد سواها.

قال ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٣/ ٢٧) بعد أن ذكر أن الله تعالى جعل الطلاق مرة بعد مرة: «وما كان مرة بعد مرة لم يملك المكلف إيقاع مراته جملة واحدة؛ كاللعان؛ فإنه لو قال: أشهد بالله أربع شهادات إني لمن الصادقين: كان مرة واحدة، ولو حلف في القسامة وقال: أقسم بالله خمسين يمينًا أن هذا قاتله: كان ذلك يمينًا واحدة، ولو قال المقر بالزنا: أنا أقر أربع مرات أني زنيت كان مرة واحدة، فمن يعتبر الأربع لا يجعل ذلك إلا قرارًا واحدًا، وقال النبي ﷺ «من قال في يومه سبحان الله وبحمده مئة مرة حطت عنه خطاياه ولو كانت مثل زبد البحر»، فلو قال: سبحانه الله وبحمده مئة مرة لم يحصل له هذا الثواب حتى يقولها مرة بعد مرة، وكذلك قوله: «من سبح الله دبر كل صلاة ثلاثًا وثلاثين، وحمده ثلاثًا وثلاثين وكبره ثلاثًا وثلاثين...» الحديث لا يكون عاملاً به حتى يقول ذلك مرة بعد مرة، لا يجمع الكل بلفظ واحد، وكذلك قوله: «من قال في يومه: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير مئة مرة كانت له حرزًا من

مسألة ١٢٣٨

قد أكثر أصحاب الشافعي من ذكر الطلاق وكنايته ويرجعون في معني الصَّريح [إلى][1] أنه ما لا يحتاج في وقوع الطلاق به إلى نية وأن الكناية ما لا يقع الطلاق به إلا بنية، وهذا إذا كان مراعى في أنه في معنى الصريح والكناية في اللغة وفائدة الفرق بينهما في الاسم كلمناهم فيه، ولكن لا يتعلق بالحكم وإن كان الغرض ما يفتقر من الألفاظ إلى نية وما لا يفتقر إليها، حصل الكلام في أعيان المسائل إلا أنا نتكلم على ما أوردوه، فعندنا أن صريح الطلاق ما يتضمن لفظ الطلاق، إما بالإيقاع كقوله: أنت طالق، وبالإخبار عن فعل مثل قوله: قد طلقتك، أو بوصفه بأنها مفعولة بها كقوله: أنت مطلقة أو بوصفها بالمصدر كقوله: أنت الطلاق، أو ما يتضمن صريح الطلاق نطقًا وما عداه كناية، مثل قوله: فارقتك وسرحتك وبائن وخلية وبريَّة وما أشبه ذلك[2].

ومن أصحابنا من يقول: كلُّ هذا صريح ويدخل معهم في أن الفرق بين الصَّريح والكناية ما يدّعونه، وهذا أقلُّه علم باللغة وفوائد الكلام وأصحاب

= الشيطان يومه ذلك حتى يمسي» لا يحصل هذا إلا مرة بعد مرة، وهكذا قوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا ليستئذنكم الذين ملكت أيمنكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات﴾، وهكذا قوله في الحديث: «الاستئذان ثلاث مرات، فإن أذن لك وإلا فارجع»، ولو قال الرجل ثلاث مرات هكذا كانت مرة واحدة حتى يستأذن مرة بعد مرة».

وقد كرر ابن القيم هذا المعنى في كتبه الأخرى، ولكنه جعل أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد: «أنت طالق ثلاثًا» لا يقع به إلا واحدة، قياسًا على المثل الذي ذكرها، كما صرح بذلك في «زاد المعاد» (٤/ ٥٥) وغيره، وسبقه لهذا شيخه ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٣/ ٧٧ وما بعد، و٩٧ ـ ٩٨).

وانظر: «نظام الطلاق في الإسلام» (ص ٤٤ وما بعد) للعلامة أحمد شاكر وما مضى منه.

(١) سقط من الأصل.

(٢) «الموطأ» (٢/ ٥٥٠)، «المدونة» (٢/ ٣٩٤، ٤٠٢ ـ ط صادر)، «التفريع» (٢/ ٧٤)، «الرسالة» (٢٠٢)، «الكافي» (٢٦٤ ـ ٢٦٥)، «المعونة» (٢/ ٨٤٧ ـ ٨٤٨)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٥ و٢٩٦).

الشافعي[1]، يزعمون أن الصريح من الألفاظ ثلاثة، وما عداهن كناية؛ فالصريح عندهم الطلاق والفراق والسراح والكلام معهم في موضعين:

أحدهما: معنى الصريح والكناية.

والثاني: هذه الألفاظ تفتقر إلى نية أو لا تفتقر إليها.

ودليلنا على الفصل الأول: أن الصريح ما دل على معناه بنفسه ولم يحسن أن يستفسر عنه بلفظه، والكناية ما يحسن ذلك فيه وتبيين ذلك أن قوله: معي درهم صريح في الدرهم، ولا يحسن أن يستفسر عنه هل أراد به الدراهم أم لا؛ لأنه صريح فيه؛ ولو قال: معي شيء أو مال أو ما ينفق أو شيء منقوش لحسن أن يقال: هل هو درهم أو غيره؛ لأن ذلك كناية وليس بصريح، ثم وجدنا قوله: أنت طالق من هذا القبيل؛ لأنه لا يحسن أن يقال: أي شيء أردت بقولك: أنت طالق على أن يستفسر على جنس الشيء الموقع دون عدده، ولو قال: قد فارقتك لحسن أن يقال: أي فرقة أردت وهل أردت فرقة الطلاق أو فرقة عن شركة بينهما أو فرقة المحاسبة أو غير ذلك؛ فصح ما قلناه.

ودليلنا على الفصل الآخر وهو قوله: قد فارقتك وسرحتك يفتقر إلى نية؛ لأنه كناية أن كل لفظ يحسن أن يفسر بغير نطقه صلح أن يكون كناية عما يُفسر به، أصله قوله: أنت خليّة أو برية، ولأنه لفظ فرقة من غير نطقه عن الطلاق؛ فكان كناية، أصله قوله: خليتك، ولأنه لفظ مستعمل في الطلاق، وغيره من غير اختصاص؛ فلم يكن صريحًا، أصله قوله: أنت خلية أو برية.

(فصل)

والكنايات الظاهرة مثل قوله: أنت خليّة وبرية وحرام وبائن وما أشبه ذلك، فإذا قال لها مبتدئًا أو مجيبًا لها عن مسألتها إياه الطلاق يكون طلاقًا ولا يقبل منه إنْ

---

(١) «الأم» (٥/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠)، «مختصر المزني» (١٩٢ ـ ١٩٣)، «الإقناع» (١٤٦)، «المهذب» (٢/ ٨٢) «المنهاج» (١٠٦)، «حلية العلماء» (٧/ ٣١)، «إخلاص الناوي» (٣/ ٢٠٩).

قال لم أرد به[١]، وقال الشافعي: القول قوله في الموضعين[٢].

فدليلنا أنَّ العرفَ جار بأن الناس يطلقون بهذه الكنايات كما يطلقون بالصريح وعرف اللغة والشرع جار بذلك، فإذا قال ذلك ابتداء فيجب أن يحمل على ما جرى به عرف الشرع وظاهر المراد بهما، وكذلك إذا قال مجيبًا عن مسألتها إياه الطلاق.

(فصل)

إذا نوى بشيء من هذه الكنايات الظاهرة أنت خلية وبرية وبتّة وبائن وحرام أنه أراد بها دون الثلاث لم يقبل منه في المدخول بها إلا أن يكون في خلع ويقبل في غير المدخول بها إن ادعاه إلا في البتة، فاختلف قوله فيها[٣]، وعند الشافعي أنه يقبل منه كل ما يدعيه في ذلك من أصل الطلاق وأعداده[٤].

فدليلنا أن قوله: أنت حرام وبائن وبتلة وبتة وخلية وبرية إيقاع طلاق يتضمن هذه الصِّفات، فكأنه قال: أنت طالق طلاقًا تبين به مني وبتتّ العصمة بيني وبينك وتخلو به من زوجك ويتبرأ به أحدهما من الآخر، وهذا لا يكون في المدخول بها إلا ثلاثًا، فإذا ادعى أنه أراد دون الثلاث كان رجوعًا فيما أوقع فلم يقبل منه[٥].

---

(١) «المدونة» (٢/ ٣٩٤، ٤٠٢ ـ ط صادر)، «المعونة» (٢/ ٨٤٨)، «أسهل المدارك» (٢/ ١٤٢)، «الكافي» (٢٦٥)، «مواهب الجليل» (٤/ ٥٧)، «بداية المجتهد» (٢/ ٧٦ ـ ٧٧).

(٢) «مختصر المزني» (١٩٢)، «الإقناع» (١٤٦)، «تكملة المجموع» (١٨/ ٢٥١)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢٨١)، «روضة الطالبين» (٨/ ٢٦ ـ ٢٧)، «حلية العلماء» (٧/ ٣٢)، «مختصر الخلافيات» (٤/ ٢٠٧/ رقم٢٢٠)، «إخلاص الناوي» (٣/ ٢٠٩).

(٣) «المدونة» (٢/ ٣٩٤، ٤٠٢ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢/ ٨٤٩)، «أسهل المدارك» (٢/ ١٤٢)، «الكافي» (٢٦٥)، «مواهب الجليل» (٤/ ٥٧)، «بداية المجتهد» (٢/ ٧٦ ـ ٧٧).

(٤) «مختصر المزني» (١٩٢)، «الإقناع» (١٤٦)، «تكملة المجموع» (١٨/ ٢٥١)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢٨١)، «روضة الطالبين» (٨/ ٢٦ ـ ٢٧)، «حلية العلماء» (٧/ ٣٧)، «مختصر الخلافيات» (٤/ ٢٠٩/ رقم ٢٢١)، «إخلاص الناوي» (٣/ ٢٠٩).

(٥) جعل الله الطلاق بيد الزوج ولم يقصره على لفظ الطلاق لأن قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٠] وقوله: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩]، وقوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ١] ليس في شيء منهـا طريق من طرق الحصر المعروفة حتى يقال يمتنع إلحاق الألفاظ بها مع وجود الجامع =

= والمقتضي للإلحاق، بل قال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فظاهره أنه لو قال: سرحتك؛ لكفى في إفادة معنى الطلاق، وكونه أشار إلى شرعية الطلقة الثالثة لا يمنع من وقوعها بهذا اللفظ اعتبارًا بحقيقته، وقد ثبت في السنة وقوع الطلاق بقوله: الحقي بأهلك، كما في قصة ابنة الجون لما دخلت على رسول الله ﷺ ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك، فقال: «عذت بعظيم» الحقي بأهلك». أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، رقم ٥٢٥٤).

وأما القول بأنه لم يكن قد تزوجها وإنما يخطبها؛ فهو خلاف الظاهر؛ إذ الظاهر المتقرر في الشرع أن الذي يباح للخطيب النظر فقط.

وقوله في الحديث: «ودنا منها» وفي الرواية الأخرى: «هوى ليضع يده عليها لتسكن» يدل على خلاف ذلك، ولأنه لا معنى لقوله لها قبل الزواجة: الحقي بأهلك سواء أ ريد به حقيقة اللفظ أو مجازه، وأما ما في حديث أبي أسيد من قوله لها: «هبي نفسك لي» قالت: «وهل تهب الملكة نفسها للسوقة»، فذلك لا يقتضي أنه أراد العقد لأنه أتي بها بعد تمام الكلام، وإنما أراد التمكين الخاص، وفي بعض روايات هذا الحديث التصريح بالزواجة.

وقد قال ابن القيم في «الزاد» (٥/ ٣٢٠): «ولم يزل هذا اللفظ من الألفاظ التي يطلق بها في الجاهلية والإسلام، ولم يغيره النبي ﷺ، بل أقرهم عليه. قال: وقد أوقع أصحاب رسول الله ﷺ الطلاق وهم قدوة بأنت حرام، وأمرك بيدك، واختاري، ورهبتك لأهلك، وأنت خلية، وقد خلوت مني، وأنت برية، وقد برأتك، وأنت مبرأة، وحبلك على غاربك» انتهى كلامه.

وإذا عرفت أنه لم يكن في الكتاب ولا في السنة حصر للطلاق في لفظ الخاص؛ فلا إشكال في وقوع الطلاق بلفظ التحريم مع نيته، إذ لا مانع من المجاز، ولا من الكناية ولا من القياس، والأصل الجواز والأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى، ولأنه إذا صار مأذونًا بالطلاق؛ فسواء أتى بلفظه الموضوع له حقيقة أو مجازًا، إذ لا حجر في جواز التجوز بالاتفاق، ولا يشترط سواء صحة ا لاستعمال بوجود العلامة المصححة، وهي فيما نحن فيه المسببة، فإن التحريم مسبب عن الطلاق فأطلق المسبب وأريد السبب ولا يضر تسميته كناية، فإنها في اصطلاح الفقهاء مقابلة الصريح، فيدخل فيها المجاز ويحتمل أن يكون كناية على بابها، وهي أن يراد من التحريم لازمه لأن الطلاق لازم له في العرف، ويجوز إرادة المعنى الحقيقي، فيكفر له ويكون يمينًا، وهذا واضح لا إشكال فيه عند من له معرفة بأساليب الكلام ومن عرف كثرة ما ورد في الكتاب العزيز والسنة النبوية من المجازات والكنايات والإشارات في أحكام علمية وعملية، تعين له أن المنع مما نحن فيه جمود ظاهري كما أن المنكر لوقوعه في الكتاب والسنة إنما هم الظاهرية، كيف من عرف أبواب المعاملة وحقيقتها، وما اتفق عليه المحققون في

(فصل) إذا قال: اعتدّي وقال: نويت ثلاثًا قبل منه[١]. وقال أبو حنيفة: لا يكون إلا واحدة[٢].

فدليلنا أنه لفظ كناية عن الطلاق يصلح أن يكون عبارة عما أخبر أنه أراد به، فوجب صرفه إلى ما ذكرناه[٣].

مسألة ١٢٣٩

إذا قال: أنا طالق منك، كان طلاقًا[٤]، وقال أبو حنيفة: لا يكون طلاقًا[٥].

فدليلنا أن كل لفظ استعمل في الطلاق مضافًا إلى الزوجة كان طلاقًا، فكذلك إذا أضافه الزوج إلى نفسه، أصله قوله: أنا منك بائن وأنا عليك حرام[٦].

مسألة ١٢٤٠

إذا قال: أنت مطلقة كان صريحًا في الطلاق[٧]، خلافًا لأبي

= البيع والهبة والنذر والإقرار وما لا يحصى، نعم، وإنما اشترطنا النية لكون اللفظ غير موضوع له ولكل امرىءٍ ما نوى.

فإن قلت: قد ذكرت العلامة المصححة للاستعمال، فما القرينة الصارفة عن المعنى الحقيقي: هل هي النية، أو جرى العرف بأنهم لا يريدن بهذا اللفظ إلا الطلاق؟

قلت: هذه من المعاملة بينه وبين الزوجة، ولا تعرف إلا من جهته، فإذا أقر أنه أراد الطلاق؛ فذلك كافٍ، وقد تكون القرينة حالية أو مقالية على حسب ما يقتضيه المقام والعرف، أفاده الصنعاني في «بحث مفيد في توجيه صحة الطلاق بلفظ التحريم» (ص ٤٢ وما بعد).

(١) المصادر السابقة.

(٢) انظر المصادر السابقة.

(٣) سبق ترجيح أن الطلاق يقع واحدةً، والله أعلم.

(٤) «المدونة» (٢/ ٤٠٠ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢/ ٨٤٩).

(٥) «تحفة الفقهاء» (١/ ١٨٨ ـ ١٨٩)، «الجامع الصغير» (١٦٣)، «المبسوط» (٦/ ٧٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٢٧/ رقم ٩٣٧)، «الهداية» (٤/ ٣٨)، «طريقة الخلاف في الفقه» (١٢٨ ـ ١٢٩)، «الاختيار» (٢/ ١٨٩)، «رؤوس المسائل» (٤١٢).

(٦) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٧) «المعونة» (٢/ ٨٤٧).

حنيفة[١]؛ لأنه إخبار عن وقوع الطلاق عليها؛ كقوله: قد طَلَّقْتُكِ[٢].

مسألة ١٢٤١

إذا كتب الطَّلاق بيده وأراد به الطَّلاقَ كان طلاقًا [٣]. وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يكون طلاقًا[٤].

فدليلنا أن الكتابة مواضعة يعتبر بها عما في القلب فجاز أن يقع بها الطلاق؛ كاللفظ، ولأنها حروف تنبي على المراد، ولأنه عمل جارحة يفهم منه الطلاق كالنطق، ولأن الكتابة تسمى كلامًا في حق الغائب، ولأنه لو حلف: لا أكلمه فكتب إليه حنث، وكذلك إشارة الأخرس بيان له[٥].

(فصل): إذا طلق من غير لفظ ولا عمل جارحة؛ ففيها روايتان: إحداهما أنه لا يقع طلاقًا[٦]، وهو قول أبي حنيفة[٧] والشافعي[٨]، والصحيح أن الطلاق يقع[٩].

ودليلنا عليه أن الطلاق فراق يفتقر إلى قصد القلب وانطوائه به عليه وحدّ النطق به

---

(١) «الاختيار» (٢/ ١٨٩)، «المبسوط» (٦/ ٧٨).

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٣) «المدونة» (٣/ ٢٤ ـ ط دار صادر). «المعونة» (٢/ ٨٥١)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٧)، «البيان والتحصيل» (٦/ ٢١١ ـ ٢١٢).

(٤) «المهذب» (٢/ ٨٣)، «مختصر المزني» (١٩٣)، «حلية العلماء» (٧/ ٥٠)، «روضة الطالبين» (٨/ ٤٠)، «الكوكب الدُّريّ في تخريج الفروع الفقهية على المسائل النحوية» (ص ٨٢) ـ وفيه: «إذا كان قادرًا على النُّطق، فكتب: «زوجتي فلانة طالق» ولم ينوِ؛ فالصحيح أن الطلاق لا يقع، فإن نوى؛ فوجوه، أصحها وقوعه»، وثالثها يقع من الغائب دون الحاضر».

(٥) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٦) «المعونة» (٢/ ٨٤٦، ٨٤٨)، «التفريع» (٢/ ٧٨)، «الكافي» (٢٦٥).

(٧) «بدائع الصنائع» (٣/ ٩٨)، «الاختيار» (٣/ ١٢٤).

(٨) «روضة الطالبين» (٨/ ٤٠)، «حلية العلماء» (٧/ ٣١، ٥٠ ـ ٥٢)، «الكوكب الدُّرِّي» (٨٢، ٨٤).

(٩) «المعونة» (٢/ ٨٤٦، ٨٤٨)، «التفريع» (٢/ ٧٨)، «الكافي» (٢٦٥).

الإخبار عن وقوعه، فوجب إذا عدم ذلك ألا يؤثر كالإيمان والكفر، ولأنا وجدنا الاعتقاد بمجرده له تأثير في تحريم الزوجة وفرقة الزوجية بدليل الكفر وتحرير علة أصحابنا أن نقول: لأن تحريم الزوجية معنى يتعلق به حق الله تعالى على التجريد [ليس] للفظه تأثير في وقوع البينونة، فأشبه اعتقاد الكفر[1].

مسألة ١٢٤٢

لفظ الطلاق كناية في العتق، وكذلك كل لفظ صح استعماله في الطلاق فصح استعماله في العتق[2]، وقال أبو حنيفة: لا يصح استعمال شيء من ألفاظ الطلاق في العتق إلا قوله: لا سلطان لي عليك ولا ملك لي عليك[3].

فدليلنا أن كل لفظة صح استعمالها في الطلاق صح استعمالها في العتق؛ كقوله: لا سلطان لي عليك ولا ملك، ولأن الطلاق لفظ مبني على التغليب والسراية؛ فجاز أن يكون في العتق كناية، دليله لفظ العتق في كنايته عن الطلاق.

مسألة ١٢٤٣

إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثًا طُلقت ثلاثًا[4]، خلافًا لابن عُلَيَّة في قوله: لا تطلق إلا واحدة[5]؛ لحديث ابن عمر أنه قال: يا رسول الله! أرأيت لو كنت طلقتها ثلاثًا؟ قال: «كانت تبين منك وتكون معصية»[6]، ولم يُفَصِّل، ولأنها

---

(١) الراجح أنه لا يقع الطلاق إلا بلفظ ـ أو دليل عليه ـ قُصِد به الإنشاء، والله أعلم. وانظر ما علقناه على مسألة (رقم ١٢٣٧).

(٢) «شرح الزرقاني على مختصر خليل»(٨/ ١٢٤).

(٣) «الاختيار» (٣/ ١٣٣).

(٤) «التفريع» (٢/ ١٠٩)، «الرسالة» (٢٠٢)، «الكافي» (٢٦٢)، «المعونة» (٢/ ٨٥٢).
وقال في «جامع الأمهات» (ص ٢٩٢): «وإذا قال: أنت طالق ثلاثًا للسنة طلقت ثلاثًا مكانها، مثل: كلما طهرت، فإن كانت غير مدخول بها فواحدة».

(٥) «المغني» (٧/ ١٠٤).

(٦) مضى تخريجه مسألة(رقم ١٢٢٦).

حال زوجية كبعد الدخول، ولأن قوله: «ثلاثًا» تفسير لمراده بقوله: «أنت طالق» بدليل أنه لو اقتصر على قوله أنت طالق وقال: أردت به الثلاث لقُبل منه، وإذا كان كذلك وجب وقوعه[١].

مسألة ١٢٤٤

إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق بألفاظ متناسقة طلقت ثلاثًا[٢]، وقال أبو حنيفة[٣] والشافعي[٤]: يقع واحدة.

فدليلنا أنَّ كُلَّ زوج ملك إيقاع الطلاق ثلاثًا عليها بلفظ واحد صَحَّ أن يوقعه بثلاثة ألفاظ متناسقة كالمدخول بها، ولأن التناسق في حكم المجموع بلفظ واحد أن يوقعه بثلاثة ألفاظ متناسقة، والله أعلم[٥].

مسألة ١٢٤٥

طلاق المكْرَه غيرُ واقعٍ[٦]، خلافًا لأبي حنيفة[٧]؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٨]، وقوله ﷺ: «لا طلاق في

---

(١) الصواب أن طلاق غير المدخول بها طلقة واحدة تبين به الزوجة، وقد تقدم أصل المسألة فيما سبق.

(٢) «التفريع» (٢/ ٨١)، «الرسالة» (٢٠١)، «الكافي» (٢٦٢)، «المعونة» (٢/ ٨٥٢)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٧)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٤/ ١٤٥).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٩٦).

(٤) «الأم» (٥/ ١٨٢)، «مختصر المزني» (١٩١)، «حلية العلماء» (٧/ ٤٢).

(٥) الصواب أن الطلاق يقع واحدة، والله أعلم.

(٦) «المدونة» (٢/ ١٢٩)، «التفريع» (٢/ ٧٥)، «الكافي» (٢٦٢)، «المنتقى» (٤/ ١٢٣)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٥)، «أسهل المدارك» (٢/ ١٥٢)، «مواهب الجليل» (٤/ ٢٦)، «بداية المجتهد» (٢/ ٨١)، «قوانين الأحكام» (١٩٧)، «الخرشي» (٤/ ٣٣)، «حاشية الدسوقي» (٢/ ٣٦٥).

(٧) «مختصر الطحاوي» (١٩١)، «اللباب» (٣/ ٤٥)، «الاختيار» (٣/ ١٢٤)، «فتح القدير» (٣/ ٤٨٨)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٩٥)، «الهداية» (١/ ٢٢٩). وانظر: «مختصر الخلافيات» (٤/ ٢١٨/ رقم ٢٢٥).

(٨) مضى تخريجه.

إغلاق»[١]، وقال أبو عبيد: الإغلاق الإكراه[٢].

ولأنه لفظ حمل عليه بغير حق؛ فلم يلزم به طلاق، أصله إذا أكره على الإقرار بالطلاق، وهذه عبارة أصحابنا وأسد منها عندي أن يقال: لأنه لفظ لو عري من الإكراه للزم به الطلاق، فإذا وجد مع الإكراه لم يلزم به، أصله لفظ الإقرار بالطلاق، ولأن كل حال لم يثبت معها حكم الإقرار بالطلاق لم يثبت معها حكم إيقاعه؛ كالصَّغير والمجنون، ولأنه معنى يؤثر في البينونة، فإذا وجد التلفظ مع الإكراه لم يكن له حكم، أصله الارتداد، ولأن كل عقد ينفي الإكراه لزوم الإقرار به كذلك ينفي لزوم إنشائه؛ كالبيع[٣].

---

(١) أخرجه أحمد في (٦/ ٢٧٦)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (١/ ١٧١ ـ ١٧٢)، وأبو داود في «السنن» (٢١٩٣)، وابن ماجه في «السنن» (٢٠٤٦)، والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٩٨)، «وأبو يعلى في «المسند» (٤٤٢٧، ٤٥٥٢)، والطحاوي في «المشكل» (٦٥٥)، والدارقطني في «السنن» (٤/ ٣٦)، والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٩٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٥٧ و١٠/ ٦١)، و«المعرفة» (٥/ ٤٩٥/ رقم ٤٤٧٥)؛ من حديث عائشة. وهو حسن؛ بشواهده.
انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٣٧)، «مختصر سنن أبي داود» (٣/ ١١٨)، «العلل» لابن أبي حاتم (١/ ٤٣٠)، «الإرواء» (رقم ٢٠٤٧).

(٢) قال ابن قتيبة: الإغلاق الإكراه على الطلاق والعتاق هي من أغلقت الباب، المكره أغلق عليه حتى يفعل.
وانظر: «اللسان» (١٠/ ٢٩١)، «النهاية» (٣/ ٣٧٩ ـ ٣٨٠)، «مجمع بحار الأنوار» (٤/ ٥٥).

(٣) الراجح أن طلاق المكرَه لا يقع، وعليه الأدلة، وهو المأثور عن أصحاب رسول الله ﷺ؛ كعمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن عباس، وابن عمر، وابن الزبير، وهو مذهب الشافعية والحنابلة وداود، وهو اختيار المحققين من العلماء؛ كالبخاري، وابن تيمية، وغيرهما.
انظر: «المهذب» (٢/ ٩٩)، «المجموع» (١٨/ ٢٠٧)، «روضة الطالبين» (٨/ ٥٦ ـ ٥٧)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢٨٩ ـ ٢٩٠)، «المغني» (١٠/ ٣٥٠)، «الإنصاف» (٨/ ٤٣٩)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ٢١٣)، «منتهى الإرادات» (٣/ ٧٥)، «كشاف القناع» (٥/ ٢٣٤)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (٤/ ٤٢٩)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٣/ ١١٠)، «فتح الباري» (٩/ ٣٠٠ ـ ٣٠٣).

مسألة ١٢٤٦

طلاق السكران واقع[١]، خلافًا للمزني[٢] وبعض أصحاب أبي حنيفة[٣] وداود[٤]؛ لأنَّ أحكامَ المكلَّفِ متعلَّقةٌ بأفعاله التي توجب أحكامًا عليه بدليل أنه يحدُّ إذا زنى أو قذف أو شرب، فإذا ثبتت هذه الجملة قلنا: كل من يحدُّ إذا وجد لفظ القذف منه فإنَّ طلاقه واقعٌ كالصَّاحي، ولأنَّ كُلَّ حالٍ لا يمنع حدّ القذف فلا يمنع نفوذ الطَّلاق؛ كالصَّحو، ولأنَّ كلَّ حالٍ لو ترك الصَّلاة فيها لزمه قضاؤها مع الإثم، فكذلك إذا طلَّق بمحل الصَّحو[٥].

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٢٧ ـ ١٢٩)، «التفريع» (٢/ ٧٥)، «الكافي» (٢٦٢)، «المعونة» (٢/ ٨٤٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٣)، «بداية المجتهد» (٢/ ٩٥)، «المنتقى» (٤/ ١٢٥)، «الشرح الكبير» (٢/ ٩٩).

(٢) «مختصر المزني» (١٩٤)، «الحاوي» (١٣/ ١٠٤)، «المهذب» (٢/ ٩٩)، «روضة الطالبين» (٨/ ٦٢)، «حلية العلماء» (٧/ ١٠)، «مختصر الخلافيات» (٤/ ٢٢٧/ رقم ٢٢٦)، «إخلاص الناوي» (٣/ ٢٠٠).

(٣) هو أبو جعفر الطحاوي.

انظر: «مختصر الطحاوي» (١٩١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٣٠ رقم ٩٤١)، «رد المحتار» (٣/ ٢٣٩).

وقال المرغيناني في «الهداية» (١/ ٢٣٠): «واختيار الكرخي والطحاوي رحمهما الله أنه لا يقع».

وانظر: «المبسوط» (٧/ ١٧٦)، «اللباب» (٣/ ٤٠، ٤٥)، «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٩٣)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢٤١).

(٤) «فقه داود» (٦٥١)، «حلية العلماء» (٧/ ١٠)، وعزاه أيضًا لأبي ثور.

وهذا مذهب عثمان بن عفان، وثابت عنه، وعمر بن عبدالعزيز، ورواية عن أحمد، واختارها أبو بكر عبدالعزيز في «الشافي» و«زاد المسافر» وابن عقيل، ومال إليها ابن قدامة وابن رزين في «شرحه» والزركشي وقال: «ولا يخفى أن أدلة هذه الرواية أظهر»، وهو مذهب الليث بن سعد، والقول القديم للشافعي.

انظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٢٤)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٣/ ١٠٢)، «الإنصاف» (٩/ ٤٣٣)، «بداية المجتهد» (٢/ ٩٥) «المغني» (٨/ ٢٥٦)، «إرواء الغليل» (٧/ ١١٢).

(٥) الصواب أن طلاق السكران لا يقع، فإنه قد ثبت في «الصحيح» عن ماعز بن مالك لما جاء إلى النبي ﷺ وأقر أنه زنى أمر النبي ﷺ أن يستنكهوه، ليعلموا هل هو سكران أو لا؟ فإن كان سكران لم يصح=

= إقراره، وإذا لم يصح إقراره علم أن أقواله باطلة كأقوال المجنون، ولأن السكران وإن كان عاصيًا في الشرب لا يعلم ما يقول، وإذا لم يعلم ما يقول لم يكن له قصد صحيح، «وإنما الأعمال بالنيات»، وصار هذا كما لو تناول شيئًا محرمًا فجعله مجنونًا، فإن جنونه وإن حصل بمعصية فلا يصح طلاقه، ولا غير ذلك من أقواله.

والذين أوقعوا طلاقه ـ على ما ذكر ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٣/ ١٠٤، ١٠٥) ـ لهم ثلاثة مآخذ:

أحدها: أن ذلك عقوبة له، وصاحب هذا قد يفرق بين الحدود وغيرها، وهذا ضعيف، فإن الشريعة لم تعاقب أحدًا بهذا الجنس من إيقاع الطلاق أو عدم إيقاعه، ولأن في هذا من الضرر على زوجته البريئة وغيرها ما لا يجوز؛ فإنه لا يجوز أن يعاقب الشخص بذنب غيره، ولأن السكران عقوبته ما جاءت به الشريعة من الجلد ونحوه، فعقوبته بغير ذلك تغيير لحدود الشريعة، ولأن الصحابة إنما عاقبته على أنه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وحد المفتري ثمانون.

فبين أن إقدامه على السكر الذي هو مظنة الافتراء يلحقه بالمقدم على الافتراء، إقامة لمظنة الحكم مقام الحقيقة؛ لأن الحكمة هنا فيه مستترة لأنه قد لا يعلم افتراؤه، ولا متى يفتري، ولا على من يفتري، كما أن المضطجع يحدث ولا يدري هل هو أحدث أو لا؟ فقام النوم مقام الحدث.

فهذا فقه معروف، فلو كانت تصرفاته من هذا الجنس؛ لكان ينبغي أن تطلق امرأته سواء طلق أو لم يطلق، كما يحد المفتري سواء افترى أو لم يفتر، وهذا لا يقوله أحد.

المأخذ الثاني: أنه لا يعلم زوال عقله إلا بقوله، وهو فاسق بشربه؛ فلا يقبل قوله في عدم العقل والسكر.

قال ابن تيمية: «وحقيقة هذا القول أنه لا يقع الطلاق في الباطن، ولكن في الظاهر لا يقبل دعوى المسقط، ومن قال بهذا قد يفرق بين ما ينفرد به».

المأخذ الثالث: ومأخذ الأئمة منصوصًا عنهم كالشافعي وأحمد: أن حكم التكليف جار عليه، لأنه ليس كالمجنون المرفوع عنه القلم ولا النائم، وذلك أن القلم مرفوع عن المجنون، والسكران معاقب كما ذكره الصحابة.

قال ابن تيمية (٣٣/ ١٠٥ ـ ١٠٦): «وهذا ضعيف أيضًا؛ فإنه إن أريد أنه وقت السكر يؤمر وينهى فهذا باطل، فإن من لا عقل له ولا يفهم الخطاب لم يدر بالشرع وغيره على أنه يؤمر وينهى، بل أدلة الشرع والعقل تنفي أن يخاطب مثل هذا.

وإن أريد به أنه قد يؤاخذ بما يفعله في سكره؛ فهذا صحيح في الجملة، لكن هذا لأنه خوطب في صحوه بأن لا يشرب الخمر الذي يقتضي تلك الجنايات، فإذا فعل المنهي عنه لم يكن معذورًا فيما =

= يفعله من المحرم، كما قلت في سكر الأحوال الباطنة: إذا كان السكر محذورًا لم يكن السكران معذورًا، وهذا الذي قلته يقتضي أنه في الحدود كالصاحي، وهذا قريب، وإنما تكلمت على تصرفاته صحتها وفسادها.

وأما قوله تعالى: ﴿ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ ﴾ [النساء: ٤٣]؛ فهو نهي لهم أن يسكروا سكرًا يفوتون به الصلاة، أو نهي لهم عن الشرب قريب الصلاة، أو نهي لمن يدب فيه أوائل النشوة، وأما في حال السكر؛ فلا يخاطب بحال».

قال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٣/ ١٠٦ ـ ١٠٧): «والدليل على أنه لا يصح تصرفاته وجوه:

أحدها: ما تقدم ذكره من حديث جابر بن سمرة عند مسلم في رجم ماعز بن مالك.

الثاني: أن عبادته كالصلاة لا تصح بالنص والإجماع؛ فإن الله نهى عن قرب الصلاة مع السكر حتى يعلم ما يقوله واتفق الناس على هذا، بخلاف الشارب غير السكران؛ فإن عبادته تصح بشروطها.

ومعلوم أن صلاته إنما لم تصح لأنه لم يعلم ما يقول، كما دل القرآن فنقول: كل من بطلت عبادته لعدم عقله؛ فبطلان عقوده أولى وأحرى، كالنائم والمجنون ونحوهما، فإنه قد تصح عبادات من لا يصح تصرفه لنقص عقله؛ كالصبي والمحجور عليه لسفه.

الثالث: أن جميع الأقوال والعقود مشروطة بوجود التمييز والعقل، فمن لا تمييز له ولا عقل ليس لكلامه في الشرع اعتبار، كما قال النبي ﷺ: «إن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح لها سائر الجسد، ألا وهي القلب»، فإذا كان القلب قد زال عقله الذي يتكلم به ويتصرف؛ فكيف يجوز أن يجعل له أمر ونهي، أو إثبات ملك، أو إزالته؟! وهذا معلوم بالعقل مع تقرير الشرع له.

الرابع: أن العقود وغيرها من التصرفات مشروطة بالقصود، كما قال النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات».

وكل لفظ من المتكلم لسهو وسبق لسان وعدم عقل؛ فإنه لا يترتب عليه حكم، فإذا قصد اللفظ ولم يقصد معناه كالهازل؛ فهذا فيه تفصيل.

والمراد بالقصد هو القصد العقلي الذي يختص بالعقل، لا القصد الحيواني الذي يكون لكل حيوان؛ فالأخير لا بد منه في وجود الأمور الاختيارية من الألفاظ والأفعال، وهو وحده غير كافٍ في صحة العقول والأقوال، فإن المجنون والصبي وغيرهما لهم هذا القصد، ومع هذا؛ فأصواتهم وألفاظهم باطلة مع عدم التمييز.

الخامس: أن هذا من باب خطاب الوضع والإخبار، لا من باب خطاب التكليف، وذلك أن كون السكران معاقبًا ليس له تعلُّق بصحَّة عقوده وفسادها.

فإن العقود ليست من باب العبادات التي يثاب عليها، ولا الجنايات التي يعاقب عليها، بل هي من =

مسألة ١٢٤٧

إذا طلق إلى أجل آت لا محالة كمجيء السنة والشهر وقع الطلاق منجزًا[١]، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعي[٣]: لا يقع إلا عند مجيء الأجل.

= التصرفات التي يشترك فيها البر والفاجر والمؤمن والكافر، وهي من لوازم وجود الخلق، فإن العهود والوفاء بها أمر لا تتم مصلحة الآدميين إلا بها؛ لاحتياج بعض الناس إلى بعض في جلب المنافع ودفع المضار، وإنما تصدر عن العقل، فمن لم يكن له عقل ولا تمييز لم يكن قد عاهد ولا حلف ولا باع ولا نكح ولا طلق ولا أعتق.

يوضح ذلك أنه معلوم قبل تحريم الخمر كان كلام السكران باطلاً بالاتفاق، ولهذا لما تكلم حمزة بن عبدالمطلب رضي الله عنه في سكره قبل التحريم بقوله: «هل أنتم إلا عبيد لأبي» لم يكن مؤاخذًا عليه.

وكذلك لما خلط المخلط من المهاجرين الأولين في سورة ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ﴾ [الكافرون: ١] قبل النهي لم يعتب عليه.

وكذلك الكفار لو شربوا الخمر وعاهدوا وشرطوا لم يلتفت إلى ذلك منهم بالاتفاق، ومن سكر سكرًا لا يعاقب عليه مثل أن يشرب ما لا يعلم أنه يسكر ونحو ذلك.

فأما من سكر بشرب محرم؛ فلا ريب أنه يأثم بذلك، ويستحق من عقوبة الدنيا والآخرة ما جاء به أمر الله تعالى؛ فهذا الفرق ثابت بينه وبين من سكر سكرًا يعذر فيه. لكن كون عهده الذي يعاهد به الآدميين يترتب عليه أثره ويحصل مقصوده؛ فهذا لا فرق فيه بين سكر المعذور وغير المعذور لأن هذا إنما كان الموجب لصحته أن صاحبه فعله وهو عاقل مميز، لا أنه بر وفاجر، والشرع لم يجعل السكران بمنزلة الصاحي أصلاً».

قال ابن تيمية (٣٣/ ١٠٨): «فلا تنعقد يمين السكران ولا يقع به طلاق إذا طلق، وهذا ثابت عن أمير المؤمنين عثمان بن عفان، ولم يثبت عن الصحابة خلافه، فيما أعلم».

وانظر: «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٢/ ٧٧٦ ـ ٧٨١).

(١) عن مالك روايتان.

انظر: «المدونة» (٢/ ٣٧٥، ٣٨٩ ـ ط دار صادر)، «التفريع» (٢/ ٨٣ ـ ٨٤)، «الكافي» (٢٦٦ ـ ٢٦٧)، «المعونة» (٢/ ٨٤٤)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٠)، «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (١/ ٣٤٨)، «الخرشي» (٤/ ٥٤).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٩٨ ـ ١٩٩)، «المبسوط» (٦/ ١١٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٣٨/ رقم ٩٤٨)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٩١).

(٣) «الأم» (٥/ ١٨٤)، «حلية العلماء» (٧/ ٩١)، «إخلاص الناوي» (٣/ ٢١٥).

فدليلنا أن كل توقيت لإباحة الوطء بأجل لابد أن يأتي فإن الاستباحة تنتفي معه؛ كالنكاح في المتعة[١].

مسألة ١٢٤٨

إذا قال: يدكِ أو رجلكِ أو شعركِ طالق طلقت[٢]، وقال أبو حنيفة: لا تطلق إلا أن يذكر عضوًا يعبر به عن جملة البدن كالرأس والفرج[٣].

فدليلنا أنه عضو أو بعض من بدنها كالرأس والفرج، ولأنه مطلق لبعضها؛ فوجب أن يسري إلى الجملة كالجزء الشائع[٤].

مسألة ١٢٤٩

إذا طلق بعضها طلقت[٥]، خلافًا لداود[٦]؛ لأنه مكلف تلفظ الطلاق لزوجته، فثبت حكمه، أصله إذا أضافه إلى جملتها أو النصف.

---

(١) الراجح أن الطّلاق يقع إذا جاء الأجل.
انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٣/ ٤٤ ـ ٤٦)، «السنن الكبرى» (٧/ ٣٥٦) للبيهقي، «الدرة المضية» (١٣ ـ ١٦) للسبكي.

(٢) «الكافي» (٢٦٧ ـ ٢٦٨)، «المعونة» (٢/ ٨٥٣ ـ ٨٥٤)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٨).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٩٩)، «القدوري» (٧٤)، «اللباب» (٣/ ٤٤)، «المبسوط» (٦/ ٧٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤١٠/ رقم ٩١٦)، «طريقة الخلاف في الفقه» (١٠٥ ـ ١٠٧)، «رؤوس المسائل» (٤١٦).

(٤) ومنهم من فرق بين المنفصل والمتّصل، فحكم بالطلاق إذا علقه على اليد أو الرجل أو الظُّفُر، بخلاف الشعر.
وانظر: «تقرير القواعد» (١/ ١٣ ـ بتحقيقي) لابن رجب والتعليق عليه للشيخ ابن عثيمين رحمه الله تعالى.

(٥) «الكافي» (٢٦٧ ـ ٢٦٨)، «المعونة» (٢/ ٨٥٣)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٨).

(٦) «المحلى» (١١/ ٤٩٣).
وذهب إليه بعض أصحاب الشافعي.
انظر: «الكوكب الدُّري» (ص ٢١٢) للأسنوي، والتعليق عليه.

مسألة ١٢٥٠

إذا قال: أنت طالق نصف تطليقة طلقت تطليقة واحدة كاملة[١]؛ لأنه تلفظ بنصف ما لا ينتصف مما ينبني على التغليب فاقتضى التكميل كالعتق إذا قال: أنت حر نصف عمرك[٢].

مسألة ١٢٥١

الاستثناء بمشيئة الله عز وجل في الطلاق لا يؤثر، وكذلك اشتراطها[٣]، خلافًا لأبي حنيفة[٤] والشافعي[٥].

---

(١) «الكافي» (٢٦٧ ـ ٢٦٨)، «المعونة» (٢/ ٨٥٣)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٨).

(٢) الطلاق يقع ببعض الطلقة، بطريق التعبير بالبعض عن الكل، والرفع عدم، والعدم لا يستتبع.
انظر: «الإرشاد إلى ما وقع في الفقه وغيره من الأعداد» (١/ ٧٩ ـ ٨٠)، «الكوكب الدري» (٢١٢) والتعليق عليه.

(٣) «المدونة» (٢/ ١٢٢)، «التفريع» (٢/ ٨١)، «الكافي» (٢٦٨)، «بداية المجتهد» (٢/ ٧٨ ـ ٧٩)، «المعونة» (٢/ ٨٤٤ ـ ٨٤٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٠)، «قوانين الأحكام» (٢٠٠)، «أسهل المدارك» (٢/ ١٥٤)، «مواهب الجليل» (٤/ ٧٩)، «بداية المجتهد» (٢/ ٧٨ ـ ٧٩)، «الشرح الكبير» (٢/ ٣٩٢)، «الخرشي» (٤/ ٥٧)، «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (١/ ٤٦٤).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (١٠/ ٤٧٢)، «الإنصاف» (٩/ ١٠٤)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ٢٢٠)، «منتهى الإرادات» (٣/ ١٣٣)، «كشاف القناع» (٥/ ٣١١).
وهو أيضًا مذهب ابن عباس وابن عمر وأبي سعيد الخدري وسعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهري والأوزاعي وأبي عبيد، أفاده ابن قدامة. وانظر: «الإرواء» (٧/ ١٥٤).

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٩٩)، «الآثار» (١١١) للشيباني، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٤٠/ رقم ٩٥٠)، «اختلاف أبي حنيفة» (٢١٥)، «الهداية» (١/ ٢٥٤)، «الاختيار» (٣/ ١٤٢)، «فتح القدير» (٤/ ١٣٦)، «اللباب» (٣/ ٥٣)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٤١).

(٥) «مختصر المزني» (١٩٤)، «تكملة المجموع» (١٨/ ٢٩٠)، «مغني المحتاج» (٣/ ٣٠٢)، «روضة الطالبين» (٨/ ٩٦)، «حلية العلماء» (٧/ ٦٧)، «إخلاص الناوي» (٣/ ٢٣٩).
وهذا مذهب ابن حزم. انظر: «المحلى» (١٠/ ٢١٧).

فدليلنا على أن الاستثناء بها لا يؤثر قوله ﷺ: «من حلف بالله ثم استثنى رجع غير حالف»[1]؛ فقصر ذلك على اليمين بالله، فدل على أن غيرها بخلافها، ولأن الاستثناء في حال المستقبل المرتقب دون الماضي؛ لأنه حل عقد، والعقد لا يتناول الماضي، فإذا ثبت ذلك وكان قوله: أنت طالق لفظ إيجاب وإيقاع سواء أفرد أو علق بشرط امتنع دخول الاستثناء عليه لأنه محال رفع ما قد وقع ووجب على ما بيَّنَّا، ولأنه معنى يرفع حكم اليمين فلم يكن له تأثير في رفع الطلاق كالكفارة، ولأنه أضعف من الكفارة؛ لأن كل يمين دخلها الاستثناء صح أن تدخلها الكفارة، وقد تدخل الكفارة فيما لا يدخله الاستثناء، ولأنه استثناء، وقع جميعه في الحال والمآل كقوله: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا.

ودليلنا على أن اشتراطه لا يؤثر أنه لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون لنا طريق إلى العلم بوقوعه، أو لا طريق لنا إلى العلم به، فإن كان لنا طريق إلى العلم به فيجب وقوف الحكم على وجوده، ومن قولهم: إنه لا يقف أصلاً، بل نقطع على انتفاء حكم اللفظ من غير تثبيت ولا ترقب، فإن اللفظ كأنه لم يكن، ولأن الاعتبار في حصول مشيئة الله عز وجل في أفعال عباده ووقوعها لأن ما شاءه منها كان وما لم يشأه لم يكن.

* وإن كان لا طريق لنا إلى العلم بوقوعه وجب تنجز الطلاق؛ لأن تعليق

---

(١) أخرج الحميدي «٦٩٠» وأحمد (٢/ ٦، ٤٨، ٤٩، ٦٨، ١٢٦، ١٢٧، ١٥٣) وعبد بن حميد (٧٧٩ ـ «المنتخب»)، في «مسانيدهم»، والدارمي (٢٣٤٧، ٢٣٤٨)، «وأبو داود» (٣٢٦١، ٣٢٦٢) والترمذي (١٥٣١) والنسائي «٧/ ١٢، ٢٥» وابن ماجه (٢١٠٥، ٢١٠٦) والبيهقي(٧/ ٣٦٠ ـ ٣٦١ و١٠/ ٤٦) في «سننهم»، والطبراني في «الأوسط» (٣٠٩٩) وابن الجارود في «المنتقى» (٩٢٨)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٣٣٩، ٤٣٤٢ ـ «الإحسان») والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٣٠٣)، وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٧٩)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٥/ ٨٨)؛ من طريق أيوب السختياني، عن نافع، عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ حلف على يمينٍ فقال: إن شاء الله؛ فقد استثنى فلا حنث عليه». قال الترمذي: «وفي الباب عن أبي هريرة، حديث ابن عمر حديث حسن».

وانظر: «جامع الأصول» (١١/ ٦٦٣).

الطلاق بما لا يعلم وقوعه من الشروط هزل، كقوله: أنت طالق إن كان الله تعالى خلق اليوم في السماء الرابعة ملكًا بألف جناح أو في قعر بحر القلزم حوت طوله ألف ذراع أو ما أشبه ذلك من. . . والهزل[١].

مسألة ١٢٥٢

المريض المخوف عليه الذي لا يحتاج إلى استمتاع لا يجوز نكاحه[٢]، خلافًا لأبي حنيفة[٣] والشافعي[٤]؛ لأنه محجور عليه أن يخرج ماله على غير معاوضة فيما لا حاجة به إليه لحق الورثة، والنكاح يتضمن إخراج المال بالمهر والنفقة، ولأن كونه محجورًا عليه لحقِّ الورثة يقتضي منعه أن يدخل عليهم وارثًا لأنه إخراج لهم من بعض الميراث، ولأنَّ كلَّ ما يتعلَّق بإخراج الوارث عن الميراث فلا يجوز في المرض، أصله الطَّلاق، وهذا التعليل يمنع الميراث مع أبي حنيفة[٥].

---

(١) ما قرره المصنف قوي وراجح، وهو مأثور عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ، واحتج المخالفون بأحاديث صريحة على قولهم، ولكنها غير صحيحة.
انظر: «سنن الدارقطني» (٤/ ٣٥)، «الكامل في الضعفاء» (١/ ٣٣٨ و٢/ ٥٩٥)، «السنن الكبرى» للبيهقي (٧/ ٣٦١)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ٢٢٠ ـ ٢٢٢)، «نصب الراية» (٣/ ٢٣٤)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٥/ ٢٨٤، ٢٨٥)، «إعلام الموقعين» (٤/ ٦٠ وما بعد ـ ط محمد محيي الدين).

(٢) «المدونة» (٢/ ١٨٦)، «المعونة» (٢/ ٧٨٧)، «التفريع» (٢/ ٥٦)، «الرسالة» (٢٠١)، «الكافي» (٢٤٨)، «جامع الأمهات» (ص ٢٧٠).
وهذا قول يحيى بن سعيد والزهري وعطاء، وقال ربيعة وابن أبي ليلى: الصَّداق والميراث من الثلث. وقال الأوزاعي: النكاح صحيح ولا ميراث بينهما. وعن القاسم بن محمد والحسن: إنْ قصد الإضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح.
انظر: «المغني» (٦/ ٣٢٦)، «المحلى» (١٠/ ٢٥ ـ ٢٧)، «تكملة المجموع» (١٥/ ٤٣٩).

(٣) «بدائع الصنائع» (٢/ ١٥٢٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٥١/ رقم ٨٤٦).

(٤) «الأم» (٤/ ١٠٣)، «المهذب» (٢/ ٣٣، ٦٧)، «تكملة المجموع» (١٥/ ٤٣٩)، «حلية العلماء» (٦/ ١٤١)، «روضة الطالبين» (٦/ ١٣٢ ـ ١٣٣).

(٥) حكم النكاح في المرض والصحة سواء، والتفريق بينهما يحتاج إلى دليل، نعم، إن قامت القرائن على مقصد للمريض المخوف عليه يناقض قصد الشرع من الزواج؛ فإنه يعامل بنقيض قصده، ولكن=

مسألة ١٢٥٣

المطَلَّقة المبتوتة في المرض ترث عندنا[١]، وقال الشافعي: لا ترث[٢].

فدليلنا إجماع الصحابة لأنه مذهب عمر وعثمان وعلي وأُبيّ بن كعب وابن الزبير[٣]، ولا مخالف لهم، ولأنه قد حجر عليه لحق ورثته، فلم يملك إخراجهم من الميراث؛ لأنه لو ملك ذلك لم يوقع الحجر عليه من أجلهم شيئًا؛ لأن ذلك يناقض استحقاق الحجر عليه، ولأنَّها فرقة في حال الغير يصرفه فيها من الثلث؛ فلم تقطع الإرث، أصله الفرقة بالموت، ولأن التهمة معنى معتبر في باب الميراث ومنع

= هذا لا يمنع من صحة نكاحه، والله أعلم.
وانظر: «نوادر الفقهاء» (٨٥).

(١) «المدونة» (٢/ ١٣٢ ـ ١٣٣)، «التفريع» (٢/ ٨٠ ـ ٨١)، «الرسالة» (٢٠١)، «المعونة» (٢/ ٧٨٨)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٣)، «قوانين الأحكام» (١٩٧).

(٢) «الأم» (٥/ ٢٥٤)، «مختصر المزني» (١٩٤ ـ ١٩٥)، «المهذب» (٢/ ٣٢)، «مختصر الخلافيات» (٤/ ٢٣١/ رقم ٢٢٧)، «الوجيز» (٢/ ٥٩)، «روضة الطالبين» (٨/ ٧٢)، «المنهاج» (١٠٧).

(٣) انظر مذاهبهم ـ عدا ابن الزبير ـ مسندة في: «الموطأ» (٢/ ٥٧١ ـ ٥٧٢)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٧/ ٢٥٣)، «مصنف عبدالرزاق» (٦/ ٣٤٠ و٧/ ٦١ ـ ٦٤)، «سنن البيهقي» (٧/ ٣٦٢ ـ ٣٦٣)، «معرفة السنن والآثار» (٥/ ٥٠٠ ـ ٥٠٣)، «المحلى» (٧/ ٢١٨ ـ ٢٢٢)، «مسند الشافعي» (٢/ ١٣٧، ١٣٨ ـ مع «بدائع المنن»)، «الاستذكار» (١٧/ ٢٦٠ ـ ٢٦١)، «إرواء الغليل» (٦/ ١٥٩، ١٦٠).

(تنبيه): المأثور عن ابن الزبير خلاف ما نقله المصنف عنه.

أخرج عبدالرزاق (٧/ ٦٢/ رقم ١٢١٩٢) وابن أبي شيبة (٧/ ٢٥٣) في «مصنفيهما»، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٦٢) و«المعرفة» (٥/ ٥٠٠)، وابن حزم في «المحلى» (٧/ ٢٢٣)؛ من طريق ابن أبي مليكة أنه سأل ابن الزبير عن الرجل يطلّق المرأة، فيبتّها، ثم يموت، وهي في عدّتها. فقال ابن الزبير: طلّق عبدالرحمن بن عوف ابنة الأصبغ الكلبي فبتّها، ثم مات وهي في عدتها، فورّثها عثمان. قال ابن الزبير: وأما أنا؛ فلا أرى أن ترث المبتوتة. قال ابن أبي مليكة: وهي التي تزعم أنه طلقها مريضًا. لفظ عبدالرزاق.

ونقل ابن عبدالبر في «الاستيعاب» (٧/ ٢٦١ ـ ٢٦٢) مخالفة ابن الزبير لعدد من الصحابة في المسألة.

ما قصدت به بدليل منع قاتل العمد من الميراث والمطلق في المرض متهم بأنه قصد إخراجها من الميراث فعوقب بمنعه مما قصده[١].

(فصل): لا فرق بين أن يكون الطلاق قبل الدخول أو بعده ولا بين بقاء العدة وزوالها، ولا فرق بين أن تتزوج أو لا تتزوج[٢]، وقال أبو حنيفة: لا ترث المطلقة قبل الدخول ولا بعد العدَّة في المدخول بها[٣]. وقال الشافعي في بعض أقاويله: ترث وإنْ خرجت من العدة ما لم تتزوج[٤].

فدليلنا على أبي حنيفة أنها مطلقة في المرض، ثبت لها حق الحجر عليه، فإذا مات من مرضه ذلك ورثته مع سلامة الحال، أصله إذا مات في العدة، ولأن الطلاق صادف سبب الإرث وهو ثبوت الحجر عليه من أجلها فخروجها من العدة بعد وجوبه لها لا يسقط كما لو مات ثم ارتدت، ولأنَّ توريثها إنَّما ثبت عقوبة له لقصده الفرار منه؛ فلم يتعلَّق ذلك بالعدَّة حسمًا للباب[٥].

---

(١) الراجح أن المطلقة التي طلقها زوجها في مرضه الذي مات فيه ترث حتى ولو كان موته بعد انقضاء عدتها، وكذلك المطلقة بعد الدخول، وهذا الذي عليه جمهور السلف والخلف. انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١/ ٣٦٨ ـ ٣٦٩).
وهو مذهب الحنابلة والحنفية، والشافعي في القديم.
انظر: «المهذب» (٢/ ٣٢)، «الإنصاف» (٧/ ٣٥٥)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٣٨٧).

(٢) المراجع السابقة.
وهذا هو المشهور عن أحمد، وصححه المرداوي في «الإنصاف» (٧/ ٣٥٦).

(٣) «مختصر الطحاوي» (٣٠٣)، «القدوري» (٧٦)، «اللباب» (٣/ ٥٢)، «طريقة الخلاف في الفقه» (١٢٤)، «المبسوط» (٦/ ١٥٤)، «الهداية» (٤/ ٥٦٩)، «رؤوس المسائل» (٤١٨)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٣٨٧).

(٤) «الأم» (٥/ ٢٥٤)، «مختصر المزني» (١٩٥)، «المهذب» (٢/ ٣٢).

(٥) ما قرره المصنف قوي ووجيه؛ لأن عثمان ورث تماضر بنت الأصبغ من زوجها عبدالرحمن بن عوف بعد انقضاء العدة، ولأن هذه إنما ورثت لتعلق حقها بالتركة لما مرض مرض الموت وصار محجورًا عليه في حقها وحق سائر الورثة، بحيث لا يملك التبرع لوارث، ولا يملكه لغير وارث بزيادة على الثلث، كما لا يملك ذلك بعد الموت، وهذا هو (طلاق الفارّ) المشهور بهذا الاسم عند العلماء.
وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١/ ٣٦٩).

(فصل): ودليلنا على أنها ترث وإن تزوجت خلافًا للشافعي لأن الميراث إذا وجب لها بإخراجه إياها منه وثبوت حقِّها بالحجر عليه وهذا موجود مع تزويجها فلم يكن لاعتبار التزويج معنى كما لم يكن في اعتبار العدة معنى[(١)].

(فصل): إذا صحَّ من مرضه ثم مات فلا ترثه[(٢)]، خلافًا لزفر[(٣)] في قوله: ترثه ما كانت في العدة؛ لأنه إذا صحَّ فقد زال الحجر عنه، وصار كمن طلق في الصحة ثم مرض فمات، ولأن المرض الذي لا يتصل بالموت جار مجرى الصحة، يدل عليه أن ما تصرف فيه مما كان موقوفًا على الثلث يُنَفَّذ مع الصحة، فكان كالمطلق في الصحة فيمرض ثم يموت في العدة فلا يرث، ولأنها قد أتت عليها حال قطعت إرثها وهي حال صحة المطلق، فلم يعد إرثها من بعد كما لو ارتدت في العدة ثم أسلمت فإنها لا ترثه[(٤)].

مسألة ١٢٥٤

إنْ سألته الطَّلاقَ وهو مريضٌ فطلَّقها ورثته[(٥)]، خلافًا لأبي حنيفة[(٦)]، لأن عثمان ورَّث امرأة عبدالرحمن بن عوف لما طلقها في المرض وقد سألته[(٧)]، ولأنه

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه.

(٢) «المعونة» (٢/ ٧٨٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٣).

(٣) «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٣٨٧).

(٤) لا يثبت التوريث مع الشك في مرض الموت؛ فكيف إذا ثبت نقيضهُ، وهو الصِّحَّة والعافية، ولذا ما قرره المصنف راجح وقوي ووجيه، والله أعلم.

(٥) «الموطأ» (٢/ ٥٧١ ـ ٥٧٢)، «التفريع» (٢/ ٨٠ ـ ٨١)، «الكافي» (٢٧٠ ـ ٢٧١)، «المعونة» (٢/ ٧٨٩)، «جامع الأمهات» (ص ٢٩٣).

(٦) «مختصر الطحاوي» (٣٠٣)، «المبسوط» (٦/ ١٥٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٣٢/ رقم ٩٤٢)، «طريقة الخلاف» (١٢٤، ١٢٥).

(٧) أخرج مالك في «الموطأ» (٢/ ٥٧١، ٥٧٢) وعبدالرزاق في «المصنف» (٧/ ٦١ ـ ٦٢، ٦٣)، والشافعي في «مسنده» (٢/ ١٣٧، ١٣٨ ـ «بدائع المنن»)، والبيهقي في «سننه الكبرى» (٧/ ٣٦٢ ـ ٣٦٣)، وابن حزم في «المحلى» (٧/ ٢١٨). وإسناده صحيح.

انظر: «الاستذكار» (١٧/ ٢٦٠ ـ ٢٦١، ٢٦٦)، «الإرواء» (٦/ ١٥٩، ١٦٠)، وما قدمناه في =

لما ثبت وجوب الميراث بالطلاق في المرض لأجل التهمة بإخراجها من الميراث فلم يفترق الحكم بين إذنها وعدمه؛ لأن الإذن في باب سقوط الميراث غير معتبر بدليل أن الوارث لو قال: لست أحتاز له إرثًا لم يلتفت إلى قوله وورث، ولأن الإنسان قد يضيق على زوجته حتى تسأله الخلع فحسم الباب بتوريثها في المرض على كل وجه، ولأنَّها مطلقة في المرض كالتي لم تسأل.

مسألة ١٢٥٥

إذا قال: طلِّقي نفسك ثلاثًا فطلقت واحدة لم يقع[(١)]، خلافًا للشافعي[(٢)]؛ لأنها أوقعت غير ما جُعل إليها فلم يقع كالوكيل إذا وكل في شيء ففعل غيره[(٣)].

مسألة ١٢٥٦

إذا قال لها: طلِّقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثًا وقعت واحدة؛ لأنها فعلت ما أذن لها فيه كما لو اقتصرت فيه، والزيادة لغو[(٤)]، وحكى الإسفرائيني عنّا أنا نقول لا يقع شيء وهذه عادته في التحريف على الناس[(٥)].

= التعليق على مسألة (١٢٥٣) تحت (تنبيه).

(١) «المدونة» (٢/ ٢٦٨)، «المعونة» (٢/ ٨٧٩)، «التفريع» (٢/ ٩٠)، «الكافي» (٢٧٢ ـ ٢٧٣)، «الخرشي» (٤/ ٧٠ ـ ٧١)، «شرح الزرقاني على خليل» (٤/ ١٣٠ ـ ١٣١).

(٢) «روضة الطالبين» (٨/ ٤٦ ـ ٤٧)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢٨٥)، «حلية العلماء» (٧/ ٢٦).
وهذا مذهب الحنفية.
انظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١١٣)، «فتح القدير» (٤/ ٨٧ ـ ٨٨)، «طريقة الخلاف» (١٣٤)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٣١٤ ـ ٣١٥).
ومذهب الحنابلة في: «الإنصاف» (٨/ ٤٩١)، «كشاف القناع» (٥/ ٢٨٧).

(٣) الحق في الطلاق للرجل، فإذا أذن للمرأة أن تطلق نفسها؛ فقد تنازل عن حقه برضاه، والطلاق بالثلاث على ما قدمناه يعد طلقة، فوقع على نحو ما جُعِل لها، والله أعلم.

(٤) «المدونة» (٢/ ٢٦٨)، «المعونة» (٢/ ٨٧٩)، «التفريع» (٢/ ٩٠)، «الكافي» (٢٧٢ ـ ٢٧٣).
ومذهب الحنفية لا يقع شيء.
وانظر: «طريقة الخلاف في الفقه» (١٣٤ ـ ١٣٦).

(٥) الصواب أنه يقع واحدة، والله أعلم.

مسألة ١٢٥٧

إذا تيقن الطلاق وشك لم يعلم كم أوقع منه، أو قال: أنت طالق وشك في مراده من العدد، فإن لم يتحقق كان ثلاثًا[١]، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعي[٣]: يكون واحدة.

فدليلنا أنه قد تيقن التحريم وشك هل ترفعه الرجعة أم لا فحصل شكٌ في هذه العين هل يمكنه أن يرفع أو لا يمكن؟ فيجب مع تيقن التحريم ثم تغليب حكم الأعلى من التحريمين[٤]، أصله إذا شك في إحدى امرأتين أيتهما أخته من الرضاعة مع تحقيقه ذلك في إحداهما؛ لأن التحريم مغلب في الأحوال مثل أن يشك في شاة أنها مذكاة أو ذبح مجوسي، ولأن هذا مبني على أنه إذا طلق واحدة من نسائه وشك في عينها أنه يحكم بجميع طلاقهن، فنقول: لأنه نوع من المقصود باللفظ بالطلاق، فوجب إذا شك في عدده أو في عين مراده أن يحكم بإرادته بجميعه، أصله إذا طلق واحدة من نسائه وشك في عينها، ولأنه شك في أحد مقصودي اللفظ: هل أراد به بعضه أو كله، فيجب أن يحكم بأنه أراد جميعه، أصله إذا قال لزوجاته وهن أربع: أنتن طوالق وشك هل أراد الأربع أو ثلاثًا منهن.

مسألة ١٢٥٨

الطلاق معتبر بالرجال دون النساء؛ فالعبد يطلق اثنتين كانت زوجته أمة أو

---

(١) «المدونة» (٢/ ١١٩ ـ ١٢٠)، «التفريع» (٢/ ٩٦)، «الكافي» (٢٦٩)، «المعونة» (٢/ ٨٥٤)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠١)، «بلغة السالك» (١/ ٤٦٧).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٩٩).

(٣) «مختصر المزني» (١٩٥)، «حلية العلماء» (٧/ ١١٢).

(٤) في هذا نظر، وإنْ رجَّحه بعضُهم بالاحتياط؛ فالقول بالأدنى إن وقع خطأ، أعني: إذا أفتاه من يقول بأنه طلقة، وكان فقيه مخطئًا في نفس الأمر، كان هناك محظور محرم، وهو معاشرة الرجل امرأة حُرِّمت عليه.
وكذا إذا أفتاه من يقول بوقوع الأعلى، وكان مخطئًا في نفس الأمر، كان هناك محظور لا يقل عنه وهو تحريم المرأة الحلال لزوجها؛ فتنبه ولا تكن من الغافلين.

حرة[١]، وقال أبو حنيفة: الطلاق معتبر بالنساء؛ فالحرة تطلق ثلاثًا كان زوجها حرًّا أو عبدًا[٢]، وطلاق الأمة طلقتان كان زوجها حرًّا أو عبدًا.

فدليلنا أنه معنى ذو عدد؛ فكان كماله ونقصانه معتبرًا بمن يفعله أو بمن يضاف إليه فعله، أصله العدة وإن خفت أن يدخل عليه القسم في إحدى الروايتين زدت في العدة يقع به البينونة وعبارة أخرى أنه معنى ذو عدد ثلاث ينقصه الرق إلى اثنين، فكان اعتبار كماله ونقصانه بمن يفعله من الزوجين كالعدة، ولأن الطلاق ملك للزوج وكمال الملك ونقصانه معتبر بالمالك لا بغيره، ولأنه ذو عدد يختلف بالرق والحرية في الكمال والنقصان، فوجب أن يكون الاعتبار في كماله ونقصانه بحال من يؤخذ به كالحدود[٣].

---

(١) «الموطأ» (٢/ ٥٧٤)، «المدونة» (٢/ ٦٦)، «التفريع» (٢/ ٧٥)، «المعونة» (٢/ ٨٢٧)، «أسهل المدارك» (٢/ ١٣٧)، «الكافي» (٢٦٣)، «بداية المجتهد» (٢/ ٦٢).

وهذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٥/ ٢٥٧)، «مختصر المزني» (١٩٥)، «تكملة المجموع» (١٨/ ٢٢١)، «روضة الطالبين» (٨/ ٧١، ٣٦٨)، «الحاوي الكبير» (١٠/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤ ـ ط دار الكتب العلمية»، «نهاية المحتاج» (٦/ ٤٥٤)، «مختصر الخلافيات» (٤/ ٢٣٧/ رقم ٢٢٩).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٠/ ٥٣٣)، «الإنصاف» (٩/ ٣)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ٢٢٦)، «منتهى الإرادات» (٣/ ١٥٢)، «كشاف القناع» (٥/ ٣٤٢، ٣٤٩).

(٢) «الجامع الصغير» (١٨٧)، «شرح معاني الآثار» (٣/ ٦٤)، «مختصر الطحاوي» (٢١٨)، «اللباب» (٣/ ٤٨ ـ ٤٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٠٧/ رقم ٩١٣)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٤٨)، «الاختيار» (٣/ ١٢٣)، «فتح القدير» (٣/ ٤٩٢)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٩٦)، «طريقة الخلاف في الفقه» (١١٣ ـ ١١٦)، «رؤوس المسائل» (٤١٧).

(٣) وردت أحاديث للقولين، وكلها ضعاف.

انظر: «سنن الترمذي» (١١٩٩)، «سنن أبي داود» (٢١٨٩)، «سنن ابن ماجه» (٢٠٨٠)، «سنن الدارقطني» (٣/ ٣١١ و٤/ ٣٨، ٤٠)، و«الكامل في الضعفاء» (٥/ ١٦٩٢)، «المستدرك» (٢/ ٢٠٥)، «السنن الكبرى» للبيهقي (٧/ ٣٦٩)، «المحلى» (١١/ ٦٣٠).

وما قرره المصنف هو الراجح، وهو مذهب عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعلي.

مسألة ١٢٥٩

إذا قال لها: اختاريني أو اختاري نفسك، فقالت: اخترتك؛ لم تطلق، وهي زوجته كما كانت[١]. وروي عن بعض الصحابة أنه قال: إذا اختارت زوجها تكون واحدة رجعية[٢].

فدليلنا ما روي عن عائشة؛ قالت: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ولم نعدّه طلاقًا[٣]، ولأن فائدة هذا القول اختيارها لنفسها ضد اختيارها له، فإذا كان اختيارها لنفسها يكون فراقًا كان اختيارها له اختيار الإقامة معه[٤].

= انظر: «الموطأ» (٢/ ٥٧٤)، «الأم» (٥/ ٢١٧، ٢٥٨)، «مصنف عبدالرزاق» (٧/ ٢٣٤، ٢٣٧)، «سنن سعيد بن منصور» (رقم ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٤٠)، «السنن الكبرى» للبيهقي (٧/ ٤٢٥، ٣٦٠)، و«معرفة السنن والآثار» (١١/ ٢٠٠).

(١) «المدونة» (٢/ ٢٦٨)، «التفريع» (٢/ ٩٠)، «الكافي» (٢٧٢ ـ ٢٧٣)، «المعونة» (٢/ ٨٨٠)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٢).

(٢) أسنده عن علي رضي الله عنه: ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥/ ٥٩)، وعبدالرزاق في «المصنف» (٧/ ٩/ رقم ١١٩٧٤)، والشافعي في «الأم» (٧/ ١٥٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٤٥) و«المعرفة» (١١/ ٥٥/ رقم ١٤٧٥٣).

وحكى الترمذي في «جامعه» عقب (رقم ١١٧٩) عن علي: «إن اختارت نفسها فواحدة بائنة، وإن اختارت زوجها فواحدة رجعية، وعن زيد بن ثابت: إن اختارت نفسها فثلاث، وإن اختارت زوجها فواحدة بائنة».

وأسنده عن زيد: عبدالرزاق في «المصنف» (٧/ ١٠/ رقم ١١٩٧٩)، والبيهقي في «الكبرى» (٧/ ٣٤٦)، و«المعرفة» (١١/ ٥٤)، وروي عنه إن اختارت نفسها واحدة.

انظر: «الموطأ» (٢/ ٥٥٤)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٥/ ٥٨)، «المعرفة» (١١/ ٥١، ٥٤).

وعزاه لعلي: الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤١٨)، وابن قدامة في «المغني» (٧/ ١٥٠)، والقفال الشاشي في «حلية العلماء» (٧/ ٤٠)، وابن حجر في «الفتح» (٩/ ٣٩٨). وزاد الجصاص نسبته لعبدالله وزاد القفال نسبته إلى الحسن البصري وربيعة.

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب من خير نسائه، رقم ٥٢٦٢).، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بالنية، رقم ١٤٧٧).

(٤) الصواب أن التخيير بالطلاق ليس طلاقًا وعليه النص.

وأخرج البخاري في «صحيحه» (رقم ٥٢٦٣) بسنده إلى مسروق؛ قال سألتُ عائشة عن الخيرة =

مسألة ١٢٦٠

إذا قالت: اخترت نفسي، وقالت: أردت واحدة أو اثنتين، فإن كانت مدخولاً بها لم يقبل قولها، وكانت ثلاثًا، وإن كانت غير مدخول بها قبل منها إن ادعته[١]، وقال أبو حنيفة: اختيارها نفسها واحدة بائنة[٢]، وقال الشافعي: إن قالت: اخترت نفسي إذا كان في مقابلة قوله اختاري كان موضوعًا للفراق، فلا معتبر بإرادتها[٣]؛ لأن هذا القول لما فُهم منه الفرقة وجب أن يكون في إحدى الجهتين فرقة ولا تقف على أن تكون تنوي هي الفرقة كخيار المعتقة.

ودليلنا على أبي حنيفة أن اختيار النفس إذا أطلق اقتضى ظاهره أن لا يكون له عليها سبيل ولا يملك منها شيئًا بوجه، وأنه قد جعل لها أن تخرج عنه ما يملكه منها

= فقالت: خيَّرنا النبي ﷺ أفكان طلاقًا؟ قال مسروق: لا أبالي أخيَّرتُها واحدةً أو مئةً بعد أن تختارَني.
وبقول عائشة المذكور يقول جمهور الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار، وهو أن من خيَّر زوجته فاختارته لا يقع عليه بذلك طلاق، ويؤيده من حيث المعنى أن التخيير ترديد بين شيئين، فلو كان اختيارها لزوجها طلاقًا لاتحدا، فدل على أن اختيارها لنفسها بمعنى الفراق، واختيارها لزوجها بمعنى البقاء في العصمة. قاله ابن حجر في «الفتح» (٩/ ٣٦٨).

(١) «المدونة» (٢/ ٢٦٨)، «التفريع» (٢/ ٩٠)، «الكافي» (٢٧٢ _ ٢٧٣) «جامع الأمهات» (ص ٣٠٢).
وهذا مذهب زيد بن ثابت، كما تقدم في التعليق على المسألة السابقة.

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٩٥، ١٩٧)، «الجامع الصغير» (١٦٨)، «البناية» (٤/ ٤٨٩)، «المبسوط» (٦/ ١٣٧)، «اللباب» (٣/ ٥٠)، «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٨٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤١٧/ رقم ٩٢٤)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٣١٩ _ ٣٢٢).
وهذا مذهب علي، كما تقدم، وهو مذهب عمر وابن مسعود.
انظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٥/ ٥٧، ٥٨، ٥٩)، «معرفة السنن والآثار» (١١/ ٥٤/ رقم ١٤٧٤٩)، «فتح الباري» (٩/ ٣٦٨).

(٣) «مختصر المزني» (١٩٢)، «الحاوي الكبير» (٣/ ٢٩ _ ٣٠)، «روضة الطالبين» (٨/ ٤٩)، «المهذب» (٢/ ٨٣ _ ٨٤)، «تكملة المجموع» (١٧/ ٩١)، «الإشراف» (رقم ٢٥٤٣) لابن المنذر، «فتح الباري» (٩/ ٣٦٨ _ ٣٦٩)، «حلية العلماء» (٧/ ٣٨، ٤٠ _ ٤١)، «مختصر الخلافيات» (٤/ ٢٠٩/ رقم ٢٢٢).

أو يقيم معها، فإذا أخرجت البعض لم يكن هو الذي أراده وكانت كمن جعل له أن يختار شيئًا فاختار غيره، ولأن من أصلنا أن البينونة لا تقع بالواحدة في المدخول بها إلا بالخلع[١].

مسألة ١٢٦١

إذا ملَّكها وقال: أمركِ بيدكِ، فقالت: طلقت نفسي واحدة كانت رجعية؛ وإن كانت مدخولاً بها[٢]، وقال أبو حنيفة: تكون واحدة بائنة[٣].

ودليلنا أنه ملكها إيقاع الطلاق على حد ما كان هو يملكه، فلما كان لو أوقع الواحدة لوقعت رجعية، فكذلك إيقاعها بالتمليك ويفارق الخيار؛ لأنه يقتضي قطع العصمة، والتمليك لا يقتضي ذلك[٤].

مسألة ١٢٦٢

إذا قال: لست لي بامرأة وأراد الطلاق كان طلاقًا، وكذلك قوله: والله؛ ما أنت لي بامرأة[٥]. وقال أبو حنيفة: في الأولى مثل قولنا، وفي الثانية: أنه لا يكون طلاقًا[٦]. وقال أبو يوسف في الكُلِّ: ليس بطلاق[٧].

فدليلنا أن قوله لست لي بامرأة يحتمل أن يكون؛ لأنه قد طلقها، فإذا أراد به الطلاق

---

(١) الخلاف الواقع في المسألة عالٍ، بين أصحاب رسول الله ﷺ، وسبب الخلاف على ما ذكر ابن رشد في «بداية المجتهد» (٢/ ٧٢، ٧٦): هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية؟
وانظر: «المغني» (٧/ ١٤٣)، «نوادر الفقهاء» (ص ٩٥ ـ ٩٧).

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٦٨)، «التفريع» (٢/ ٩٠)، «الكافي» (٢٧٢ ـ ٢٧٣)، «المعونة» (٢/ ٨٨٠)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٢).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٩٥، ١٩٧)، «الجامع الصغير» (١٦٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤١٧).

(٤) ما اختاره المصنف قوي وراجح، والله أعلم.

(٥) «جامع الأمهات» (ص ٢٩٦)، «شرح الزرقاني على خليل» (٤/ ١٠٢).

(٦) «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٢٤).

(٧) «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٢٥)، «حلية العلماء» (٧/ ٣٦).

كان على ما أراد وجرى مجرى قوله: لا نكاح بيني وبينك ولا خلاف بيننا أنه يكون طلاقًا إذا أراد به الطلاق[١].

مسألة ١٢٦٣

الزوج لا يهدم ما دون الثلاث[٢]، خلافًا لأبي حنيفة[٣]؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، فأخبرنا أن الطلقة[٤] الثالثة تحرم رجوعها إليه إلا بعد زوج، ولم يفرق أن يكون تخلل الثلاث تطليقات إصابة زوج أو لم يتخللها، ولأن كل إصابة لم تكن شرطًا في الإباحة لم تهدم النكاح ولم تغير حكمه، أصله الوطء بملك اليمين ولأنها بانت قبل استيفاء طلاق الملك، فوجب إذا عادت أن يعود ما بقي من الطلاق، أصله إذا عادت قبل التزويج أو بعده وقبل الإصابة، ولأن كل زوج لم يكن شرطًا في رجوع المطلقة إلى المطلق كان وجوده وعدمه سواء في ذلك الحكم، أصله الزوج الثاني بعد الطلاق الثالث[٥].

---

(١) ما قرره المصنف قوي وراجح، وانظر تعليقنا على آخر مسألة: (١٢٣٣).

(٢) «الموطأ» (٢/ ٥٨٦)، «المدونة» (٣/ ٤، ١٢ ـ ط دار صادر)، «التفريع» (٢/ ٧٨)، «الكافي» (٢٦٩)، «المعونة» (٢/ ٨٥٧).

وهذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٥/ ٢٥٠)، «مختصر المزني» (١٩٥)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢٩٣)، «مختصر الخلافيات» (٤/ ٢٣٤/ رقم ٢٢٨).

ونقله ابن المنذر في «الإشراف» (٤/ ٢٠٢٠) عن زيد ومعاذ وعبدالله بن عمرو رضي الله عنهم؛ قال: «وبه قال عبيدة السلماني وسعيد بن المسيب، والحسن البصري». وانظر: «المحلى» (١٠/ ٢٥٠).

(٣) «اللباب» (٣/ ٥٨ ـ ٥٩)، «المبسوط» (٦/ ٩٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٠٩/ رقم ٩١٥)، «فتح القدير» (٤/ ٣٦)، «طريقة الخلاف في الفقه» (١٠٠ ـ ١٠٣)، «رؤوس المسائل» (٤٢٠)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٣٣٧، ٤١٨).

(٤) في الأصل: «التطليقة».

(٥) ما قرره المصنف قوي وراجح، والخلاف في المسألة بين أصحاب رسول الله ﷺ. =

مسألة ١٢٦٤

إصابة الزوج بعد الطلاق الثلاث[١] شرطًا في عودها إلى الأول[٢]، خلافًا لابن

= فأخرج مالك في «الموطأ» (٢/ ٥٨٦)، والشافعي في «الأم» (٥/ ٢٥٠) و«مسنده» (٢/ ٢٨٨)، وسعيد ابن منصور في «السنن» (رقم ١٥٢٨)، وابن أبي شيبة (٥/ ١٠٢) وعبدالرزاق (٦/ ٣٥١، ٣٥٢/ رقم ١١١٤٩، ١١١٥٣) في «مصنفيهما»، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٦٥)؛ عن أبي هريرة قال: سألت عمر عن رجل من أهل البحرين طلق امرأته تطليقة أو ثنتين، فنكحت زوجًا، ثم مات عنها أو طلقها، فرجعت إلى الأول، على كم هي عنده؟ قال: هي عنده على ما بقي.

وهذا هو الصحيح عن علي؛ فأخرج المزني في «مختصره» (١٩٥)، وعبدالرزاق (٦/ ٣٥٢/ رقم (١١١٥٤ ـ ١١١٥٨) وابن أبي شيبة (٥/ ١٠٢ ـ ١٠٣) في «مصنفيهما»؛ عن بريدة، عن أبيه: أنه سمع عليًا ـ رضي الله عنه ـ يقول: «هي على ما بقي».

وروي عنه خلافه عند ابن أبي شيبة (٥/ ١٠٢) والبيهقي (٧/ ٣٦٥).

وإسناده ضعيف.

فيه عبدالأعلى الثعلبي.

وأخرج عبدالرزاق (٦/ ٣٥٢/ رقم ١١١٥٥) وابن أبي شيبة (٥/ ١٠٢) عن أبيّ بن كعب؛ قال: «لا يهدم الثلاث».

وهنالك آثار تدلل على ما قال أهل الرأي.

أخرج عبدالرزاق (٦/ ٣٥٥/ رقم ١١١٦٧) عن ابن عمر وابن عباس؛ قالا: «يهدم النكاح الطلاق».

وأخرج عبدالرزاق (٦/ ٣٥٤/ رقم ١١١٦١، ١١١٦٢، ١١١٦٦) وسعيد بن منصور في «السنن» (رقم ١٥٣٦)؛ عن ابن عباس قال: «رجع الطلاق جديدًا».

فالقول بعدم الهدم هو قول الأكثر عددًا من أصحاب رسول الله ﷺ والأكبر سنًا، وفيهم إماما هدى عمر وعلي رضي الله عنهما؛ فمتابعتهم أولى، والله أعلم.

(١) في الأصل «الثالث».

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٩١ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢/ ٨٣٠)، «أسهل المدارك» (٢/ ٨٥ ـ ٨٦، ١٣٨)، «الكافي» (٢٦٢)، «بداية المجتهد» (٢/ ٨٧)، «المنتقى» (٣/ ٢٩٩)، «أحكام القرآن» (١/ ٨٤) لابن العربي، «شرح الزرقاني على موطأ مالك» (٣/ ١٣٩).

وقال القفال في «حلية العلماء» (٧/ ١٣١): «وحكي عن سعيد بن المسيب أنه قال: لا يحتاج إلى الوطء، وحكي ذلك عن بعض الخوارج».

المسيب[1] . . . .

---

(١) حكى مذهبه: ابن المنذر في «الإشراف» (رقم ٢٥٩٣)، والنووي في «المجموع» (١٨/ ٤٢٥) و«شرح صحيح مسلم» (١٠/ ٣)، وابن الجوزي في «التحقيق» (٣/ ٢١٩ ـ مع «التنقيح»)، وابن قدامة في «المغني» (٦/ ٦٤٩)، والقفال في «حلية العلماء» (٧/ ١٣١)، والجوهري في «نوادر الفقهاء» (ص ٩٤ ـ ٩٥)، وابن العربي في «أحكامه» (١/ ٨٤)، وابن العراقي في «طرح التثريب» (٧/ ٩٨)، والعيني في «عمدة القاري» (١٣/ ١٩٨)، والقرطبي في «تفسيره» (٣/ ١٤٧ و٤٧١)، وجماعة.

انظر: «الهداية» (٢/ ٨)، «الإفصاح» (٢/ ١٥٩)، «البناية» (٤/ ٦١٧ ـ ٦٢١)، «تفسير الخازن» (١/ ١٩٥)، «نيل الأوطار» (٦/ ٢١٦)، «عون المعبود» (٢/ ٢٦٣)، «تحفة الأحوذي» (٢/ ١٨٥)، «نصب الراية» (٣/ ٢٣٨)، «فتح الباري» (٩/ ٤١١).

وأخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/ ٢٧٤ ـ ٢٧٥)، وابن حزم في «المحلى» (١٠/ ١٧٨)؛ عن داود بن أبي هند، عن سعيد بن المسيب في المطلقة ثلاثًا ثم تتزوج؛ قال سعيد: «أما الناس فيقولون: حتى يجامعها، وأما أنا؛ فإني أقول: إذا تزوجها بتزوج صحيح لا يريد بذلك إحلالاً، فلا بأس أن يتزوجها الأول».

ورغم شهرة هذه الرواية عن الإمام سعيد عند الفقهاء؛ فقد شكك في صحتها الحافظ ابن كثير.

ومستنده في ذلك أن الإمام روى عن الرسول عليه السلام حديث العسيلة، وذكر ما رواه النسائي في «سننه» (٦/ ١٤٩) بسنده عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر، عن النبي ﷺ في الرجل تكون له المرأة يطلقها ثم يتزوجها رجل آخر، فيطلقها قبل أن يدخل بها، فترجع إلى زوجها الأول؟ قال: «لا، حتى تذوق العسيلة».

قلت: وأخرجه من طريق سعيد أيضًا: أحمد (٢/ ٨٥)، وابن ماجه (١٩٣٣)، والبيهقي (٧/ ٣٧٥).

وبعد أن أورد ابن كثير هذا الحديث عن الإمام سعيد من عدة طرق قال في «تفسيره» (١/ ٢٧٧):

«فهذا من رواية سعيد بن المسيب عن ابن عمر مرفوعًا، على خلاف ما يحكى عنه، فبعيد أن يخالف ما رواه بغير مستند».

وما قاله ابن كثير حق، ولفظ الرواية السابقة عن الإمام سعيد يدل على أنه قد قال قوله هذا ولم يكن قد بلغه حديث العسيلة، فإن لفظ الرواية: «أما الناس؛ فيقولون»، «وأما أنا فأقول»، وحيث قد بلغه عن الرسول عليه السلام خلاف قوله؛ فلا بد من رجوعه عن قوله إلى ما بلغه عن رسول الله ﷺ.

وقد ذكر ابن نجيم في «البحر الرائق» (٤/ ٦١)، والعيني في «عمدة القاري» (٢٠/ ٢٣٦) ـ نقلاً عن كتـاب «القنية» لأبي الرجاء مختار بن محمود الزاهدي ـ: «أن سعيد بن المسيب ـ رضي الله عنه ـ=

وغيره[١]؛ لقوله ﷺ للتي سألته عن عودها إلى الأول قبل إصابة الثاني قال: «لا، حتى تذوقي عُسَيْلَته ويذوق عُسَيْلَتَكِ»[٢]، ولأن الغرض بذلك عقوبته على ما فعل وردعه أن يعود لمثله، وذلك إنَّما يحصل بالوطء دون مجرد العقد.

مسألة ١٢٦٥

لا تحل بالوطء في نكاح فاسد[٣]، خلافًا لأحد قولي الشافعي[٤]؛ لقوله

= قد رجع عن مذهبه في أن الدخول بها ليس بشرط في صيرورتها حلالاً للأول».
ثم وجدت ابن حجر في «الفتح» (٩/ ٤٦٧) ينازع في هذا؛ فراجعه.
وأفاد العيني أنه لو قضى قاضٍ بقول ابن المسيب الأول لا ينفذ قضاؤه، وإن أفتى به أحدٌ عُزِّر.
وإلى القول باشتراط الدخول ذهب جماهير العلماء من السلف والخلف، وبه قال الأئمة الأربعة، وهو الصواب.

(١) حكاه أبو جعفر النحاس في «معاني القرآن» (١/ ٢٠٦) ـ وتبعه القرطبي في «تفسيره» (٣/ ١٤٧ ـ ١٤٨) ـ عن سعيد بن جبير، وأخشى أن يكون «ابن جبير» من إضافته، وقد أبهم سعيد من المصدر الذي بلغه، أو وقع بين يديه.
ثم وجدت ابن حجر في «الفتح» (٩/ ٤٦٧) يرجح نحو ما ذكرته، وقال: «ولا يعرف له سند عن سعيد بن جبير في شيء من المصنفات» وذكره الأقفهسي في «توقيف الحكام» (ق٤ / ب) عن السعيدين، ونقل ابن حجر أن مصنفنا في «شرح الرسالة» عزاه لابن جبير؛ قال: «وهو وهم».
وأضاف ابن الجوزي عزوه لداود، وأضاف ابن المنذر ـ وعنه ابن قدامة ـ عزوه للخوارج وعند القفال بعض الخوارج، وعزي أيضًا لبشر المريسي.
انظر: «عمدة القاري» (٢٠/ ٢٣٦)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٥٨)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (١٠/ ٣)، «فتح الباري» (٩/ ٤٦٧).
وفي مقابل هذا قال الحسن البصري: الإنزال شرط، لا تحل للأول حتى يطأها الثاني وطأً فيه إنزال، وزعم أن معنى (العُسَيلة): الإنزال!! انظر: «العمدة» (٢٠/ ٢٣٦)، «المنتقى» (٣/ ٢٩٩)، «فتح الباري» (٩/ ٤٦٧)، «تحفة الأحوذي» (٤/ ٢٦٢).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الشهادات، باب شهادة المختبئ رقم ٢٦٣٩، وكتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، رقم ٥٢٦٠، وكتاب اللباس، باب الإزار المهدَّب، رقم ٥٧٩٢)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثًا لمطلقها، رقم ١٤٣٣)؛ من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) «المعونة» (٢/ ٨٣١)، «تفسير القرطبي» (٣/ ١٥٠، ١٥١).

(٤) «الأم» (٥/ ٢٤٩)، «مختصر المزني» (١٩٧)، «حلية العلماء» (٧/ ١٣٢)، «توقيف الحكام» (ق ٤ / ب)، وروي عن الحكم أنها إذا وطئت بنكاحٍ فاسدٍ حلت لزوجها الأول. قاله ابن قدامة في «المغني» (٨/ ٤٧٢).

تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] المراد النكاح الصحيح، ولأن الطلاق لا يتناول الفاسد، ولأنه وطء لم يصادف شيئًا صحيحًا أو لم يصادف نكاحًا صحيحًا كالوطء بشُبهةٍ، ولأنَّ الوطء بالملك أقوى من الوطء بالنكاح الفاسد؛ لأن هذا وطء مباح بإجماع وفي النكاح الفاسد ليس بمباح، فإذا لم تقع الإباحة به كانت بأن لا تقع بالفاسد أولى[1].

مسألة ١٢٦٦

لا تحلّ بوطء المراهق[2]، خلافًا للشافعي[3]؛ لأنه لم يبلغ كالصغير، ولأنَّه إيلاجٌ ممن لا يجب الحدّ بوطئه ولا النَّفَقة لزوجته فلم يقع به الإحلال كوطء الصغير[4].

مسألة ١٢٦٧

إذا تزوجها بقصد إحلالها للأول، فالنكاح فاسد لا تحل به[5]، خلافًا لأبي

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٩١ ـ ط دار صادر).

(٣) «مختصر المزني» (١٩٧)، «الحاوي الكبير» (١٣/ ٢١٦)، «حلية العلماء» (٧/ ١٣٣).

(٤) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٥) «الموطأ» (٢/ ٥٣١ ـ ٥٣٢)، «المدونة» (٢/ ٢٩٥ ـ ط دار صادر)، «التفريع» (٢/ ٦١ ـ ٦٢)، «الرسالة» (١٩٨)، «المنتقى» (٣/ ٢٩٩)، «عارضة الأحوذي» (٥/ ٤٣)، «الكافي» (٢٣٨ ـ ٢٣٩)، «المعونة» (٢/ ٨٢٩)، «بداية المجتهد» (٢/ ٥٨)، «الخرشي» (٣/ ٢١٥ ـ ٢١٧)، «القوانين» (١٨١)، «أسهل المدارك» (٢/ ٨٥، ٨٦).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (١٠/ ٤٩)، «الإنصاف» (٨/ ١٦١)، «تنقيح التحقيق» (٣/ ١٨٦)، «كشاف القناع» (٥/ ٩٤)، «منتهى الإرادات» (٢/ ٦٦٧).
ونسبه ابن قدامة إلى عثمان وابن عباس والحسن والنخعي والشعبي وقتادة وبكر المزني والليث والثوري وإسحاق.
قلت: وهو مذهب ابن عمر. انظر: «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٧).

حنيفة[1] والشافعي[2]؛ لقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له»، وروي: «المستحل والمستحل له»[3]، وقوله: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ هو المحلِّل، لعن الله المحلِّلَ والمحلَّلَ له»[4]، وروى ابن عباس قال: سئل رسول الله ﷺ عن المحلِّل، فقال: «لا إلا نكاح رغبة لا نكاح دُلْسَة، ولا استهزاء بكتاب الله، لم يَذُقْ[5] «العُسَيلة»[6]، ولأنه عقد محظور حظرًا استحق به عاقده والمعقود له اللعن

---

(١) «اللباب» (٣/ ٥٨)، «المبسوط» (٦/ ٩، ١٠).

(٢) «الأم» (٥/ ٢٤٨ ـ ٢٤٩)، «مختصر المزني» (١٧٥)، «الحاوي الكبير» (١٣/ ٢١٧)، «تكملة المجموع» (١٧/ ٣٥٦)، «الروضة» (٧/ ١٢٦ ـ ١٢٧).

(٣) أخرج الترمذي في «الجامع» (١١٢٠)، والنسائي في «المجتبى» (٦/ ١٤٩)، وأحمد في «المسند» (١/ ٤٤٨، ٤٥٠، ٤٦٢)، والدارمي في «السنن» (٢/ ٢٩٤)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/ ٢٩٥ و٨/ ٣٠٠ و١٤/ ١٩٠)، وعبدالرزاق في «المصنف» (٦/ ٢٦٩)، وأبو يعلى في «المسند» (٥٠٥٤، ٥٣٥٠)، والطبراني في «الكبير» (٩٨٧٨)، والدارقطني في «السنن» (٣/ ٢٥١)، والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٩٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٢٠٧)، والبغوي في «شرح السنة» (٢٢٩٣)؛ من حديث ابن مسعود: «لعن المحلل والمحلل له».

وقال الذهبي في «الكبائر» (ص ٢١٣ ـ بتحقيقنا) بعد أن أورد حديث: «لعن الله المحلل والمحلل له»، قال: «جاء ذلك من وجهين جيدين عنه ﷺ».

وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٧٠): «صححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري».

وانظر غير مأمور: «الاقتراح» (٢٠٧)، و«تحفة المحتاج» (٢/ ٣٧٢)، «نصب الراية» (٣/ ٢٣٨ ـ ٢٤٠)، «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٧) «إرواء الغليل» (٦/ ٣٠٧ ـ ٣١١).

(٤) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (١٩٣٦)، والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٩٨ ـ ١٩٩)، والدارقطني في «السنن» (٣/ ٢٥١)، والروياني في «المسند» (رقم ٢٢٦)، والطبراني في «الكبير» (١٧/ ٢٩٩/ رقم ٨٢٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٢٠٨)؛ من حديث عقبة بن عامر.

وإسناده حسن.

وانظر: «الأحكام الوسطى» (٣/ ١٥٧)، «مصباح الزجاجة» (٢٧٧).

(٥) في الأصل والمطبوع: «ثم يذوق»!! وهو خطأ، والصواب من مصادر التخريج.

(٦) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ١٨٠/ رقم ١١٥٦٧) من حديث ابن عباس مرفوعًا.

وإسناده ضعيف.

فيه داود بن الحصين عن عكرمة، وداود ثقة إلا فيه، وفيه أيضًا إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة، =

والوعيد فوجب أن يكون باطلاً، أصله شراء الخمر[١].

مسألة ١٣٦٨

إذا وطئها الثاني وطئًا مُحرَّمًا مثل أن يطأها حائضًا أو مُحْرِمةً أو صائمة أو ما

= ضعيف.

وأسنده البيهقي في «سننه الكبرى» (٧/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩) مختصرًا إلى قوله: «دُلسة» عن عثمان بن عفان قوله، وهو أشبه.

(١) الراجح إبطال نكاح المحلل إذا قصد التحليل، وذلك بأن ينوي بتزوجه إياها أنه إذا وطئها طلقها ليحلها لزوجها الأول، أو يتواطآ على ذلك قبل العقد، أو يشرطاه في صلب العقد لفظًا أو عرفًا، وذلك مقصوده أن تكون زوجة المطلق ثلاثًا وقصده مع هذا أن تكون زوجًا له ممتنع، ولهذا لا يعطى لها مهرًا، بل قد يعطونه من عندهم، ولا يطلب استلحاق ولد ولا مصاهرة في تزويجها، بل قد يحلل الأم وابنتها إلى غير ذلك مما يبيِّن أنه لم يقصد النكاح.

وعلى هذا ينبغي إبطال نكاح المحلل إذا قصد التحليل.

ولا تحل المرأة لمطلقها الأول بمثل هذا العقد ولا يحل للزوج المحلل إمساكها بهذا التحليل، بل يجب عليه فراقها.

انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢/ ١٤٦ ـ ١٤٧).

وأما من فعل ذلك باجتهاد أو تقليد جاهلاً الحرمة؛ فيقول ابن تيمية في مجموع الفتاوى» (٣٢/ ١٤٧) في بيان حكمه: «لكن إذا كان قد تبين باجتهاد أو تقليد جواز ذلك فتحللت وتزوجها بعد ذلك، ثم تبين له تحريم ذلك؛ فالأقوى أنه لا يجب فراقها، بل يمنع من ذلك في المستقبل، وقد عفا الله في الماضي عما سلف».

وهذا في المحلل له، أما المحلل؛ فيقول ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ١٦٣) بشأنه: «ولو نكحها بنية التحليل أو شرطه ثم قصد الرغبة هو أو هي، وأسقطا شرط التحليل؛ فأصح الأقوال: أن الأمر إليها، فإن رضيت بدون ذلك الشرط كان زوجًا، ولا يحتاج إلى استئناف عقد، وإن لم ترض لم يكن؛ كالنحاج الموقوف على إجازتها».

انظر: «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٢/ ٥٧٥ ـ ٥٧٦)، وما سبق منه.

(تنبيه): صنف الشيخ الإمام العلامة حجة الله في أرضه العالم الرباني أحمد ابن تيمية كتابًا في هذه المسألة جليلاً، سماه «كتاب بيان الدَّليل على إبطال التحليل»، ينبغي لكل لبيب أن ينظر فيه، فإنه سقط فيه على الخير، فرحمه الله ورضي عنه، وجعل الجنة متقلَّبه ومثواه، قاله بحروفه تلميذه الإمام الشاب محمد بن عبدالهادي في «تنقيح التحقيق» (٣/ ١٨٦ ـ ١٨٧).

أشبه ذلك لم تحلّ للأول[(١)]، خلافًا لأبي حنيفة[(٢)] والشافعي[(٣)]؛ لأنه شرط في إباحتها للأول لا يقوم غيره مقابلته فلم تقع به الإباحة متى وقع على وجه مُحرَّم في الشَّرع لحقِّ الله تعالى اعتبارًا بالعقد، ولأنَّه وطء على وجهٍ ممنوعٍ بالشَّرع لحق الله تعالى؛ فلم يقع به الإحلال، أصله الوطء في النكاح الفاسد[(٤)].

مسألة ١٢٦٩

لا يقع الإحلال بوطء السيد[(٥)]، خلافًا لبعض الشافعية[(٦)]؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ولأنه وطء بغير نكاح فلم يقع به الإحلال كالوطء بشبهة[(٧)].

---

(١) «المعونة» (٢/ ٨٣١)، «إيضاح المسالك» (١٤٠)، «جامع الأمهات» (ص ٢٦٥) ـ وفيه: «وقال ابن الماجشون: ولو في الحيض والإحرام والصيام» ـ، وهذا خلاف المشهور «قواعد المقَّري» (٣٣٣، ٣٣٤، قاعدة رقم ١٠٠٩)، «الإسعاف بالطلب» (ص ٢١).

(٢) «اللباب» (٣/ ٥٨).

(٣) «الأم» (٥/ ٢٤٩)، «مختصر المزني» (١٧٥)، «الحاوي الكبير» (١٣/ ٢١٨)، «حلية العلماء» (٧/ ١٣٢).

(٤) الخلاف في المسألة يتخرج على قاعدة (المعدوم شرعًا هل هو كالمعدوم حسًّا أم لا؟)، قال المقَّري في «قواعده» (رقم ١٠٩): «المشهور من مذهب مالك أنّ المعدوم شرعًا كالمعدوم حقيقة»، وعليه؛ فما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٥) «المعونة» (٢/ ٨٣١)، «شرح الزرقاني على موطأ مالك» (٣/ ١٤٧)، «تفسير القرطبي» (٣/ ١٥٠، ١٥١).

(٦) «مختصر المزني» (١٧٥)، «الحاوي الكبير» (١٣/ ٢١٧)، «المهذب» (٢/ ١١٣).
وروي عن عثمان وزيد بن ثابت أن الأمة المبتوتة إذا وطئها سيدها حلّت بذلك لزوجها الأول.
انظر: «المغني» (٨/ ٤٧٢).

(٧) قوله: «زوجًا» يقتضي أن غير الزوج لا يحلّها، والسيد ليس بزوج، وإنما حلت له الأمة بملك اليمين، والله أعلم.
(تفريع): إذا كانت الزوجة أمة، وبتّ زوجُها طلاقًا ثم ملكها بعد ذلك؛ فلا يحل له أن يطأها بملك اليمين حتى تنكح زوجًا غيره.
قال مالك: «بلغني أن سعيد بن المسيب سئل عن رجلٍ زوج عبدًا له جاريةً له، فطلقها العبدُ البتة ثم=

مسألة ١٢٧٠

المطلَّقة الرجعيّة ما لم يراجعها مُحرَّمة[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢]؛ لأنها جارية إلى البينونة، فوجب أن تكون محرمة، أصله إذا أسلمت الكتابية بعد الدخول بها، ولأن وجود الطلاق يوجب التحريم كالخلع، ولأنه طلاق كالذي قبل الدخول[٣].

مسألة ١٢٧١

إذا وطئ أو قَبَّل أو لمس للذَّة ونوى به الرَّجعة كانت

= وهبها سيدُها له، فهل تحلّ له بملك اليمين؟ فقال: لا تحل له، حتى تنكح زوجًا غيره» وبذلك قال جمهور العلماء، ومنهم الأئمة الأربعة.

انظر غير مأمور: «الموطأ» (٣/ ١٤٧ ـ مع «شرح الزرقاني»)، «مصنف عبدالرزاق» (٧/ ٢٤٦)، «البحر الرائق» (٤/ ٦٢)، «الشرح الكبير» (٨/ ٤٩٥ ـ هامش «المغني»)، «تفسير القرطبي» (٣/ ١٥٠ ـ ١٥١)، «المهذب» (٢/ ١١٣).

(١) أي: الرجعية محرمة الوطء، وإذا وطئها؛ فالرجعة لا تحل بالوطء.

انظر: «الموطأ» (٢/ ٥٨٠)، «المدونة» (٢/ ٢٢٤ ـ ٢٢٦)، «التفريع» (٢/ ٧٦ ـ ٧٧)، «الكافي» (٢٩١)، «المعونة» (٢/ ٨٦٠)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٥).

وهذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٥/ ٢٤٥)، «مختصر المزني» (ص ١٩٦)، «المهذب» (٢/ ١١١)، «روضة الطالبين» (٨/ ٢١٧، ٢٢١)، «مختصر الخلافيات» (٤/ ٢٤٢/ رقم ٢٣٠).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٩٥)، «القدوري» (٧٦)، «اللباب» (٣/ ٥٧)، «المبسوط» (٦/ ١٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٨٨/ رقم ٨٩٣)، «طريقة الخلاف في الفقه» (١٢١ ـ ١٢٣)، «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٦١)، «الجوهر النقي» (٧/ ٣٧٢)، «رؤوس المسائل» (٤٢١).

وهذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٨/ ٤٨٢)، «الإنصاف» (٩/ ١٥٤)، «المحرر» (٢/ ٨٣)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ١٨٧)، «كشاف القناع» (٥/ ٣٤٣)، «المقنع» (٣/ ٢٢٢)، «الكافي» (٢/ ٨٥٢)، «العدة» (٤٢٢).

(٣) ما قرره المصنف هو الراجح، وعليه عمل الصحابة؛ كابن عمر لما أربع مطلقته صفية بنت أبي عبيد، فيما ثبت عنه عند مالك في «الموطأ» (٢/ ٥٨٠) و«مسند الشافعي» (٢/ ٥٦)، و«مصنف عبدالرزاق» (٦/ ٣٢٤/ رقم ١١٠٢٤) و«مصنف ابن أبي شيبة» (٥/ ٢٠٠) و«السنن الكبرى» (٧/ ٣٧٢).

رجعة[١]، وقال أبو حنيفة: تكون رجعية ولو لم ينو[٢]، وقال الشافعي: لا تصح الرجعة إلا بالقول[٣].

ودليلنا أن كل قول مباح ثبت به رد المرأة إلى العقد المبيح للوطء واستصلاح ما انثلم منه فجاز أن يكون الوطء قائمًا مقامه فيه، أصله قول البائع قد اخترت رد هذه الأمة إلى ملكي، ولأنه تصرف لا يكون مباحًا إلا مع البقاء على الملك المبيح له، فجاز أن يقع به الرد إلى الملك، أصله القول، ولأنه مُلْكٌ أزاله عنه وثبت له حق رده إليه بالقول؛ فجاز أن يثبت الرد به بالفعل، أصله ملك البائع، ولأنه استصلاح لما تشعب من عقد النكاح يزول بالقول؛ فجاز أن يزول بالوطء، أصله خيار المبيعة، ولأن الرجعة تراد لاستيفاء[٤] النكاح ووجدنا الوطء آكد في باب البقاء على النكاح وتبقيته على الملك من القول بدليل أن المولي إذا طلق امرأته التي آلى منها ثم راجعها بالقول كانت الرجعة معتبرة بالوطء، فإن وقع بقيا على النكاح وزال وقوع البينونة بمضي العدة، وإن لم يطأ لم تصح الرجعة؛ فكذلك الطلاق قبل الدخول يوجب البينونة لعدم الوطء وبعده لا يوجب ذلك لوجود الوطء، فإذا ثبت ذلك ثم كانت الرجعة تصح بالقول كانت بأن تصح بالوطء أولى[٥].

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٢٤)، «التفريع» (٢/ ٧٥)، «الكافي» (٢٩١ ـ ٢٩٢)، «المقدمات الممهدات» (٢/ ٢٤٥)، «تفسير القرطبي» (٣/ ١٢١ ـ ١٢٢)، «المعونة» (٢/ ٨٥٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٤)، «الشرح الكبير» (٢/ ٤١٧)، «الشرح الصغير» (٢/ ٣٤٨)، «شرح الزرقاني» (٤/ ١٤٥)، «الخرشي» (٤/ ٨١)، «جواهر الإكليل» (٢/ ٣٦٢).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٢٠٥)، «المبسوط» (٦/ ١٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٨٨/ رقم ٨٩٣)، «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٦٢)، «القدوري» (٧٦)، «مجمع الأنهر» (١/ ٤٣٣)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٣٩٩)، «اللباب» (٣/ ٥٤)، «الهداية» (٢/ ٦)، «البناية» (٤/ ٥٩٣)، «فتح القدير» (٤/ ١٥٩)، «رؤوس المسائل» (٤٢٢).

(٣) «الأم» (٥/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥)، «الإقناع» (١٥٣) «المهذب» (٢/ ١٣٢)، «مختصر المزني» (١٩٦)، «الحاوي الكبير» (١٣/ ٢٠٣)، «روضة الطالبين» (٨/ ٢١٧)، «حلية العلماء» (٧/ ١٢٥)، «حاشية الجمل» (٤/ ٤٨٧).

(٤) في(ط): «لاستبقاء».

(٥) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو أعدل الأقوال، وهو وسط بين طرفين.

(فصل) ودليلنا على أبي حنيفة قوله ﷺ: «وإنما لامرئٍ ما نوى»[١]، ولأنه استباحة بضع كالنكاح، ولأنه معنى يقع به الارتجاع فاحتاج إلى نيّة كالقول.

مسألة ١٢٧٢

الإشهاد على الرجعة مستحب وليس بواجب[٢]، خلافًا للشافعي[٣]؛ لأنه حق للزوج بدليل أن له أن يراجع بغير رضاها، ومن له حق؛ فلا يلزمه الإشهاد على استيفائه كسائر الحقوق من الديون وغيرها، ولأنه رفع للتحريم تعلق بالبضع مع بقاء حكم العقد؛ فأشبه كفارة الظهار، ولأنه معنى حرم به الوطء دون العقد، ولأنه حق من حقوق النكاح فلم يفتقر إلى الإشهاد كالإيلاء والظهار، ولأن هذا مبني على ما قدمناه من أن الرجعة تحصل بالوطء، وذلك لا يمكن الإشهاد عليه[٤].

= انظر ترجيحه في: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٢٠/ ٣٨١). وانظر: «نوادر الفقهاء» (ص ٩٤)، «اختلاف العلماء» (ص ١٥٢ ـ ١٥٣)، «المحلى» (١٠/ ٢٥١)، «نيل الأوطار» (٧/ ٤٢ ـ ٤٣).

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب بدء الوحي، رقم١)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الإمارة، باب قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية»، رقم ١٩٠٧)؛ من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٢٤)، «المعونة» (٢/ ٨٥٨)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٤)، «قوانين الأحكام» (٢٠٢)، «الخرشي» (٤/ ٨٧)، «أحكام القرآن» (٤/ ١٨٣٥).

(٣) هو أحد قولي الشافعي.
انظر: «الأم» (٥/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥)، «مختصر المزني» (١٩٦)، «الإقناع» (١٥٣)، «المهذب» (٢/ ١٣٢)، «روضة الطالبين» (٨/ ٢١٦)، «حلية العلماء» (٧/ ١٢٧)، «إخلاص الناوي» (٣/ ٢٧٦).
وهذا قول لأحمد، وهو اختيار الخرقي.
انظر: «المغني» (٨/ ٤٨٢)، «الإنصاف» (٩/ ١٥٢).
وذهب إليه ابن حزم في «المحلى» (١٠/ ٢٥١).
وهذا قول ابن عباس وعطاء والسدي.
انظر: «تفسير الطبري» (٢٨/ ٨٨)، «أحكام القرآن» للجصاص (٣/ ٤٥٦)، «الدر المنثور» (٦/ ٢٣٢).

(٤) القول بوجوب الإشهاد على الرجعة هو الراجح؛ لقوله تعالى في أول سورة الطلاق: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ =

مسألة ١٢٧٣

إذا ارتجعها فلم تعلم حتى تزوجت، فإن دخل بها الثاني؛ فقد استقر نكاحه[(١)] وإن لم يدخل بها؛ ففيها روايتان:

= ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ۝ فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ. . . ﴾ [الطلاق: ١ ـ ٢].

والظاهر من سياق الآيات أن قوله: ﴿وأشهدوا﴾ راجع إلى الرجعة والأمر للوجوب؛ لأنه مدلوله الحقيقي، ولا ينصرف إلى غير الوجوب كالندب إلا بقرينة، ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب، بل القرائن هنا تؤيد حمله على الوجوب.

فالله عز وجل أمر بالإشهاد في الرجعة لئلا ينكر الزوج ويدوم مع امرأته، فيفضي إلى إقامته معها حرامًا، ولأن الرجعة استباحة بضع مقصود، فلم يصح إلا بالإشهاد كما في النكاح.

وأخرج أبو داود في «السنن» (كتاب الطلاق، باب الرجل يراجع ولا يشهد رقم ٢١٨٦) عن مطرف ابن عبدالله أن عمران بن الحصين سئل عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها وعلى رجعتها؟ فقال: «طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة، أشهد على طلاقها، وعلى رجعتها، ولا تعد».

وإسناده صحيح.

قاله ابن حجر في «بلوغ المرام» (٣/ ١٠٩٨ ـ مع «سبل السلام»).

وانظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٢/ ١٢٩ و٣٣/ ٣٤)، «نظام الطلاق في الإسلام» (ص ١١٨ ـ ١٢١).

(١) «المدونة» (٢/ ٢٢٤ ـ ٢٢٦)، «التفريع» (٢/ ٨١)، «الكافي» (٢٩٢)، «المعونة» (٢/ ٨٥٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٤)، «بداية المجتهد» (٢/ ٧٣)، «الشرح الصغير» (٢/ ٣٤٩)، «جواهر الإكليل» (١/ ٣٦٤).

وهذا رواية عن أحمد.

انظر: «المغني» (٧/ ٥٣٣)، «الإنصاف» (٩/ ١٦٠)، «كشاف القناع» (٥/ ٣٤٤ ـ ٣٤٥).

وهو مرويٌّ عن عمر، وبه قال سعيد بن المسيب وعبدالرحمن بن قاسم ونافع، أفاده ابن قدامة.

وعزاه الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٩٠) للأوزاعي والليث.

وحجَّة هذا القول أن كل واحد منهما عقد عليها، وهي ممن يجوز له بالعقد في الظاهر، ومع الثاني مزية الدخول، فقدِّم بها.

إحداهما: أنَّ الأوَّل أحقُّ بها[(١)]؛ فالكلام في ذلك وفي إسلام الكافر مبني على مسألة الوليين، وقد تقدم بيانها.

مسألة ١٢٧٤

إذا تزوَّج أمةً فطلَّقها، فلما انقضت عدَّتها ادعى أنه كان راجعها فأقرَّ السَّيِّد بذلك، والأمة مُنكِرَةٌ فلا يقبل من الزوج إلا ببينة ولا ينفعه إقرار السيد[(٢)]، وقال

---

(١) تصح مراجعة الأول ويُقبل ادّعاؤه إذا أثبته ببينة ويبطل نكاح الثاني، وذهب الحنفية والشافعية والمشهور عن أحمد إلى عموم هذا القول، أعني: سواء أدخل بها أم لم يدخل بها، وعليه قول أكثر أهل العلم، منهم الثوري وأبو عبيد، وهو مروي عن علي رضي الله عنه.

انظر للحنفية: «الآثار» (ص ٢٠٥) لمحمد، و(ص ١٢٩ ـ ١٣٠) لأبي يوسف، «شرح فتح القدير» (٤/ ١٨ ـ ١٩)، «البناية» (٤/ ٥٩٧)، «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٣٤)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٤٠١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٩٠ ـ ٣٩١/ رقم ٨٩٥).

وللشافعية: «الأم» (٥/ ٢٢٩)، «تكملة المجموع» (١٦/ ٣٣ و١٧/ ٢٧٥)، «حاشية الجمل» (٤/ ٣٩٣)، «حلية العلماء» (٧/ ١٢٧ ـ ١٢٨).

وللحنابلة: المراجع السابقة، و«المقنع» (٣/ ٢٢٥)، «الكافي» (٢/ ٨٥٦)، «العمدة» (ص ٤٢٤).

وحجتهم أنَّ الرجعة قد صحت وتزوَّجت وهي زوجة الأول، فلم يصح نكاحها، كما لو لم يطلِّقها.

والذي أراه أن هذه المسألة نادرة الوقوع في زماننا، ولا سيما مع ما أُحدث من تسجيل الزواج والطلاق ووقوعه أمام المحاكم الشرعية، وأن المطلقة لا تزوج لزوج آخر حتى يثبت طلاقها عند القاضي من الأول، وتنازله عن مراجعتها.

(تفريع مهم): من أسباب الخلاف في المسألة: هل المراجعة تفتقر إلى رضى الزوجة أم لا؟

نص الجمهور على استحباب إعلام الزوج زوجته بالمراجعة، وأنها لا تفتقر إلى رضاها، وقد صرح ابن حزم بأنَّ الصحيح هو عدم صحة هذه المراجعة، وأنه لا بد من الإعلام، واعتبر عدم الإعلام من المضارَّة، والله يقول: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّۚ﴾ [الطلاق: ٦]، ونسب هذا القول إلى عمر وعمران بن حصين وشريح والحسن البصري.

انظر: «سنن سعيد بن منصور» (١/ ٣١٤ و٢/ ٣١٢)، و«الآثار» (١٢٩ ـ ١٣٠) لأبي يوسف، و«المحلى» (١٠/ ٢٥٣)، «نوادر الفقهاء» (ص ١٠٢ ـ ١٠٣/ رقم ٩٦) ـ ولم يحكه إلا عن الحسن ـ، «اختلاف العلماء» (ص ١٧٩)، «حلية العلماء» (٧/ ١٢٧ ـ ١٢٨)، «البناية» (٤/ ٥٩٧)، «تكملة المجموع» (١٧/ ٢٧٥).

(٢) «المدونة» (٢/ ٣٢٥ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٤).

أبو يوسف ومحمد: القول قول السيد[١].

فدليلنا أنها دعوى رجعة بغير بيّنة، فلم يقبل على الأمة كالحرة، ولأن الرجعة لا تثبت بدعوى من له العقد على المدعى عليها كالحرَّة إذا ادَّعى الزَّوج أنه راجعها واعترف الولي بذلك، ولأن انقضاء عدتها يوجب تحريمها في الظاهر، ولا يصدق الزوج فيما يوجب إباحته بغير عقد مجرد[٢].

مسألة ١٢٧٥

إذا ارتدَّت الرجعية فراجعها حال ردَّتها لم يصح[٣]، وقال المزني: يصح[٤].

فدليلنا أن بالردة قد بانت والرجعة لا تصح مع البينونة كما لو خرجت العدة، ولأن الرجعة أضعف من النكاح، وإذا كان الأقوى لا يصح مع الردة كان الأضعف أولى[٥].

* * *

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٨٩/ رقم ٨٩٤).

(٢) ما قرره المصنف قوي وراجح، وهو مذهب الجماهير.

انظر: «الإشراف» (ص ٣٠٣) لابن المنذر، «مختصر المزني» (١٩٦).

(٣) «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٤/ ٧١ و٨/ ١٦٩).

(٤) «مختصر المزني» (١٩٦)، «الحاوي الكبير» (١٣/ ٢٠٨)، «حلية العلماء» (٧/ ١٢٧).

(٥) ما قرره المصنف قويٌّ ووجيه، والله أعلم.

الجزء التاسع عشر

من

كتاب الإشراف



بسم الله الرحمٰن الرحيم

كتاب الإيلاء

مسألة ١٢٧٦

الإيلاء الشرعي الذي يتعلق به الوقف أن يحلف أن لا يطأ امرأته أكثر من أربعة أشهر، فإن حلف على أربعة أشهر فأقل؛ فليس بمولٍ إيلاء يوجب وقفه[1]، وحكي عن ابن عباس أنه لا يكون مولياً إلا أن يحلف على التأبيد أو يُطْلِق من غير أن يوقِّت بمدة[2]، وعن

---

(١) «المدونة» (٢ / ٣٢٠)، «التفريع» (٢ / ٩١)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٢٧٩)، «المعونة» (٢ / ٨٨٣)، «المنتقى» (٤ / ٢٦)، «القوانين الفقهية» (٢٠٨)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٦)، «الخرشي» (٤ / ٨٩)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٤ ـ ١٠٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢١٨).

(٢) أخرج عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٤٤٧ / رقم ١١٦٠٨)، وسعيد بن منصور في «السنن» (٣ / ٢ / ٢٦ / رقم ١٨٨٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٣٨٠)، وابن حزم في «المحلى» (١٠ / ٤٣) عنه قوله: «الإيلاء هو أن يحلف على أن لا يأتي امرأته أبداً».

وحكاه عنه القفال الشاشي في «حلية العلماء» (٧ / ١٤٠)، وابن قدامة في «المغني» (٧ / ٢٩٨، ٣١٠)، والقرطبي في «تفسيره» (٣ / ١٠٤).

والمروي الثابت عنه ما أخرجه سعيد بن منصور في «السنن» (٣ / ٢ / ٢٧ / رقم ١٨٨٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٣٨٠، ٣٨١)، وأبو يوسف في «الآثار» (رقم ٦٨٦) عنه؛ قال: «كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك، فوقَّت الله عز وجل لهم أربعة أشهر، فمن =

الحسن[١]، وابن أبي ليلى[٢]: أنه يكون مولياً بأن يعين وقتاً ما وإن قل. وقال أبو حنيفة: يكون مولياً إذا حلف على أربعة أشهر ولا يحتاج إلى زيادة عليها[٣].

فدليلنا على ابن عباس قوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٦]؛ فعم، ولأنه ممتنع من وطء زوجته زيادة على مدة التربص بيمين منعقدة كالحالف على التأبيد.

(فصل): ودليلنا على الحسن وابن أبي ليلى أنه إذا حلف على يوم يصير بعد مضيه ممتنعاً بغير يمين، فكان المبتدىء للامتناع بغير يمين.

(فصل): فأما أبو حنيفة؛ فالخلاف معه في موضعين:

أحدهما: أن الأربعة مضروبة له عندنا وليست بمحل يوجب الفيء، وعنده أنه محل للمعنى.

والثاني: أنه بعد مضيها لا تبين إلا بعد أن يوقف، فإما فاء أو طلق، وعنده أنها تطلق بنفس مضي المدة[٤].

= كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر؛ فليس إيلاء». ونحوه عند عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٤٤٦، ٥٠٩).

وانظر: «أحكام القرآن» (١ / ٣٥٥، ٣٥٧) للجصاص، «المحلى» (١٠ / ٤٣)، «موسوعة فقه ابن عباس» (١ / ٢١٦ ـ ٢١٧).

(١) أخرجه عنه سعيد بن منصور في «سننه» (٣ / ٢ / ٣٤ / رقم ١٩٢٦)، وابن حزم في «المحلى» (١٠ / ٤٤).

وانظر: «موسوعة فقه الحسن البصري» (١ / ١٧٢)، «نيل الأوطار» (٧ / ٤٩)، «حلية العلماء» (٧ / ١٤١).

(٢) «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (١٩٧)، «حلية العلماء» (٧ / ١٤١).

(٣) «المبسوط» (٧ / ٢٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٧٣ / رقم ٩٩٨)، «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (١٩٦)، «الهداية» (٢ / ١١ ـ ١٢)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٤٢٧).

(٤) «الجامع الكبير» (ص ٧٩ ـ ٨٠)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٣٠٨ ـ ٣٠٩)، «القدوري» (ص ٧٧)، «المبسوط» (٧ / ١٩ ـ ٢٠)، «الاختيار» (٣ / ٢١٨)، «البناية» (٤ / ٦٣٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٧٣ / رقم ٩٩٨)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٤٢٧)، «رؤوس المسائل» (٤٢٣).

ودليلنا على الموضعين قوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ . . . ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية؛ ففيها أدلة:

أحدها: أنه تعالى أضاف مدة التربص إلى الزوج وجعلها حقاً له، وما كان حقاً للإنسان لم يكن محلاً لوجوب حق عليه، كالآجال في الديون وغيرها.

والثاني: أن الله تعالى أضاف الفيء وجعل الطلاق إلى المولي، فقال: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، فدل أنهما متعلقان بفعله وعندهم لا تأثير لفعله في وقوع الطلاق حتى لو نسي الفيء وانقضت المدة أوقع الطلاق.

والثالث: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، فاقتضى ذٰلك أن تكون عزيمة الطلاق واقعة على وجه يسمع، وعندهم أن عزيمة الطلاق ترك الوطء مدة التربص، وذٰلك لا يتأتى فيه السماع، ولأنها يمين بالله فلم يلزم بها الطلاق، أصله إذا حلف على أقل من أربعة أشهر؛ فلا بد من تعيين ما يحلف به، ولأنه لفظ لا يقع به ولا ببعضه طلاق معجل؛ فلم يقع به طلاق مؤجل، أصله إذا حلف لا وَطِئَها شهراً، ولأنها مدة ضربت بالشرع لم يتقدمها فرقة؛ فلم يكن مضيها بينونة، أصله مدة العنة[1].

= ومذهب الشافعية بمضي مدة الإيلاء لا يقع الطلاق، لٰكن يوقف حتى يفيء أو يطلق.

انظر: «الأم» (٥ / ٢٧٣)، «مختصر المزني» (ص ٢٠٠)، «المهذب» (٢ / ١١٢)، «الوجيز» (٢ / ٧٦)، «المنهاج» (ص ١١٢)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٥١)، «نهاية المحتاج» (٧ / ٨٠).

(١) الراجح أنه عند انقضاء أربعة أشهر يوقف المؤلي، فإما أن يفيء، وإما أن يطلق.

قال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٢٠ / ٣٨١): «وهٰذا هو المأثور عن بضعة عشر من الصحابة، وقد دل عليه القرآن والأصول من غير وجه».

وقال أيضاً: «وقول الكوفيين أن عزم الطلاق انقضاء المدة، فإذا انقضت ولم يف طلقت، فغاية ما يروى ذٰلك عن ابن مسعود إن صح عنه».

ويدل عليه أيضاً قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، فلو وقع بمضي المدة لم يحتج إلى عزم عليه، كما أن قوله: ﴿سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ يقتضي أن الطلاق مسموع، ولا يكون المسموع إلا كلاماً، لا أنها تطلق عليه بمضي المدة. أفاده ابن مفلح في «الفروع» (٨ / ٢١).

ويدل على صحة هٰذا الفهم ما كان عليه جمهور الصحابة.

مسألة ١٢٧٧

لا معتبر في الأجل بالنِّساء[١]، وقال أبو حنيفة: يضرب للمولي من الحرة أربعة أشهر وللمولي من الأمة شهران[٢].

ودليلنا أن مدة التربص حق للزوج على ما بيناه، والحقوق معتبرة بمن جعلت له كالطلاق وغيره، وتحريره أن يقال: لأنه معنى وضع حقاً للشخص؛ [فليس] للرق تأثير في نقصانه؛ فكان الاعتبار بمن هو حق له كالطلاق، ولأنه أجل مضروب للزوج لدفع الضرر المتعلق بالوطء عن زوجته؛ فلم يعتبر في مقداره بالنساء، أصله مدة العنة[٣].

مسألة ١٢٧٨

أجل العبد في الإيلاء شهران[٤]، خلافاً لأبي

= قال أحمد: يوقف عن أكابر الصحابة (أي: المؤلي فلا تطلق عليه بانقضاء المدة)، قال ذٰلك: عمر، وعثمان، وابن عمر، وجعل يثبت حديث علي».
ويذكر ذٰلك عن أبي الدرداء، وعائشة، واثني عشر رجلاً من أصحاب النبي ﷺ؛ كما في «صحيح البخاري» (كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: ﴿وللذين يؤلون من نسائهم﴾، ٩ / ٣٣٥ ـ مع «الفتح»).
وقال سليمان بن يسار: «أدركت بضعة عشر من أصحاب النبي ﷺ كلهم يوقف المؤلي»، أخرجه الشافعي (٢ / ٢٩٤ ـ مع «بدائع المنن»).
وانظر: «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٢ / ٨١٠ ـ ٨١٢).

(١) «المدونة» (٣ / ١٠٤ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢ / ٨٨٢)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٦)، «الخرشي» (٤ / ٩٠)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٥).

(٢) «المبسوط» (٧ / ٣٢ ـ ٣٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٠ / رقم ١٠١٠).

(٣) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.

(٤) «المدونة» (٣ / ١٠٤ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢ / ٨٨٢، ٨٨٤)، «التفريع» (٢ / ٩٣)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٦)، «الخرشي» (٤ / ٩٠، ٩٥)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٧).
وقال ابن شاس في «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢١): «والتربص على العبد شهران، وقيل: هو كالحر يتربص عنه أربعة أشهر».

حنيفة[١]، والشافعي[٢]؛ لأنه معنى يتعلق به حكم البينونة، فوجب نقصانه عن الحر فيه؛ كالطلاق؛ ولأنها مدة مضروبة متعلِّقة بالنِّكاح تتعلق بها البينونة، فوجب أن يؤثر الرق على نقصانها؛ كالعدة.

مسألة ١٢٧٩

كل يمين لزمه بها حكم أو دخل عليه بالحنث فيها ضرر؛ فالإيلاء يصح بها[٣]، خلافاً للشافعي في قوله: لا يكون مولياً إلا في الحلف بالله[٤]؛ لقوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، والإيلاء الحلف والظاهر عام، ولأنها يمين يلزمه بها حكم أو يلحقه فيها ضرر كاليمين بالله تعالى[٥].

مسألة ١٢٨٠

إذا وقف بعد مضي المدة فامتنع من الفيء والطلاق طلَّق الحاكم عليه[٦]،

= وبه قال الزهري وعطاء بن أبي رباح وإسحاق، وقال الحسن والنخعي: «إيلاؤه من زوجته الأمة شهران، ومن الحرة أربعة أشهر، وبه قال أبو حنيفة»، وقال الشعبي: «إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرة». أفاده القرطبي.

(١) «مختصر الطحاوي» (٢٠٧)، «المبسوط» (٧/ ٣٢-٣٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٨٠).

(٢) «الأم» (٥/ ٢٧١)، «مختصر المزني» (١٩٩)، «روضة الطالبين» (٨/ ٢٣٠)، «حلية العلماء» (٧/ ١٥٧).

(٣) «المدونة» (٢/ ٣٢٤)، «التفريع» (٢/ ٩٢)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٢٨٠)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢١٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٦)، «بداية المجتهد» (٢/ ١٢٦)، «الخرشي» (٤/ ٩٠)، «تفسير القرطبي» (٣/ ١٠٣، ١٠٤).

(٤) «الأم» (٥/ ٢٦٥)، «مختصر المزني» (١٩٨ - ١٩٩)، «الإقناع» (١٥٥)، «الوجيز» (٢/ ٧٦)، «مغني المحتاج» (٣/ ٣٥)، «نهاية المحتاج» (٧/ ٨٠)، «حلية العلماء» (٧/ ١٣٧)، «إخلاص الناوي» (٣/ ٢٧٩).

(٥) هذا هو الراجح، وهو مذهب الجماهير.
انظر: «المغني» (٧/ ٣٠٠)، «المحلى» (١١/ ٢٤٥).

(٦) «المعونة» (٢/ ٨٨٦)، «التلقين» (١/ ٣٣٦)، «التفريع» (٢/ ٩١)، «جامع الأمهات» (ص =

وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يطلق الحاكم عليه ولٰكن يحبسه ويضيق عليه حتى يطلق بنفسه[1].

فدليلنا أنها مدة يرفعها الوطء يتعلق بها الفرقة؛ فكان للحاكم مدخل في تلك الفرقة، أصله مدة العنة، ولأنه طلاق مستحق عليه لإزالة ضرر فجاز أن يليه الحاكم عند امتناعه منه، أصله طلاق المعسر بالنفقة، ولأنه حق تدخله النيابة يثبت لمعنى يتعلق به إزالة ضرر، فإذا امتنع منه جاز أن ينفذه الحاكم؛ كقضاء الدَّين[2].

مسألة ١٢٨١

إذا طلق بنفسه أو طلق الحاكم عليه؛ فإن الطلاق رجعي، ما لم يكمل الثلاث[3]. وقال أبو ثور: يقع بائناً[4].

فدليلنا أنه طلاق مجرد صادف اعتداداً قبل استيفاء العدد فكان رجعياً، أصله غير المولي[5].

= ٣٠٧)، «بداية المجتهد» (٤ / ١٢٤)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٦٦)، «الخرشي» (٤ / ٩١)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢١).

(١) «الأم» (٥ / ٢٧١ ـ ٢٧٢)، «مختصر المزني» (١٩٩ ـ ٢٠٠)، «الإقناع» (١٥٦)، «المهذب» (٢ / ١١٢)، «الوجيز» (٢ / ٧٦)، «المنهاج» (١١٢)، «نهاية المحتاج» (٧ / ٨٠)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٠)، «حلية العلماء» (٧ / ١٥٠)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٤٤ / رقم ٢٣١).
وهٰذه رواية عن أحمد. انظر: «تقرير القواعد» لابن رجب (١ / ١٨٨ ـ بتحقيقي).

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والله أعلم.
وانظر: «تفسير ابن كثير» (١ / ٣٩٥)، «المحلى» (١١ / ٢٤٩)، «عمدة القاري» (٢٠ / ٢٧٥).

(٣) «المعونة» (٢ / ٨٨٦)، «التفريع» (٢ / ٧٦)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٢٧)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٦٦)، «الخرشي» (٤ / ٩٢)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٢).

(٤) عن أبي ثور في ذٰلك روايتان، إحداهما رجعي، نقله ابن كثير في «تفسيره» (١ / ٣٩٥)، والثانية: بائنة، نقله الشيرازي في «المهذب» (٢ / ١١٠). وانظر: «فقه الإمام أبي ثور» (٥٢٢).
وهٰذه رواية عن أحمد. انظر: «المغني» (٧ / ٣٣١).

(٥) ما قرره المصنف هو الراجح.

مسألة ١٢٨٢

لا تملك المرأة أن تطلق نفسها بعد مضي المدة[١]، خلافاً لقوم[٢]؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَـٰقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، فأضافه إلى الأزواج، ولأن المرأة ليست تملك الطلاق وإنما تملكه بتمليك[٣] ومضي المدة لا يقع به تمليك.

مسألة ١٢٨٣

رجعة المولي معتبرة بالوطء، فإن وطىء صحت، وإن لم يطأ حتى انقضت العدة بانت منه، ولا يضرب له أجل ثان[٤]. وقال الشافعي: يضرب له أجل ثان[٥].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، فأوجب وقفاً واحداً، ومدة محصورة، ولأنه إنما طلق عليه لإزالة الضرر؛ فيجب أن يعتبر الرجعة بما يزول به الضرر ولو كان له أن يرجع ولا يطأ أو يضرب له مدة ثانية لكان الإضرار باقياً، وذلك لا سبيل له إليه، ألا ترى إلى الخلع يقع فيه الطلاق بائناً لأن الغرض ببذل العوض انقطاع العصمة، فلو كان له الرجعة لم يستفد ببذله شيئاً.

مسألة ١٢٨٤

إذا حنث بالوطء في مدة التربص؛ فعليه الكفارة إن كانت يمينه تُكَفَّرُ[٦]، وقال الشافعي في القديم: لا كفارة عليه[٧].

---

(١) «حاشية العدوي على الخرشي» (٤ / ٩٠)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٥).

(٢) لم أفز بتعيينهم، مع النظر في المطولات؛ فلا قوة إلا بالله.

(٣) فصل أحكامه ابن عظوم في رسالته المطبوعة حديثاً: «التمليك».

(٤) «المعونة» (٢ / ٨٨٦ ـ ٨٨٧)، «التفريع» (٢ / ٩٣)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٨)، «الخرشي» (٤ / ٩٦ ـ ٩٧)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٣).

(٥) «الأم» (٥ / ٢٧٢ ـ ٢٧٣)، «الإقناع» (١٥٦)، «الحاوي الكبير» (١٣ / ٢٨٧ ـ ٢٨٨)، «حلية العلماء» (٧ / ١٥١)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٣).

(٦) «المعونة» (٢ / ٨٨٤)، «التفريع» (٢ / ٩٢)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٨)، «الخرشي» (٤ / ٩٧)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٩).

(٧) «الحاوي الكبير» (١٣ / ٢٣٣)، «حلية العلماء» (٧ / ١٤٨)، «المهذب» (٢ / ١٠٦).
وهذا مذهب الحسن والنخعي. قاله ابن رشد في «المقدمات» (٢ / ٣٢٩ ـ مع «المدونة»).

فدليلنا أن يمينه لما تناولت بأن لا يطأ فيها صار بوطئه فيها حانثاً، أصله إذا حلف ألا يطأ يوماً، ولأن الحلف بما يأثم به لا ينفي عنه الكفارة، أصله إذا حلف ألا يصلي ولا يصوم[١].

مسألة ١٢٨٥

إذا حلف ألا يطأها حتى تفطم ولدها لم يكن مولياً[٢]، وقال أبو حنيفة: يكون مولياً إذا كان بينه وبين الفطام أربعة أشهر[٣]. وعند الشافعي: أنه يكون مولياً أيضاً على اختلاف بين أصحابه في تخريج المسألة على قوليه[٤].

ودليلنا أن الإيلاء هو الامتناع من وطء الزوجة على وجه الضرر وقصد منع حقها لا لغرض سواه، فإذا بان له قصد صلاح الولد خرج عن أن يكون قاصداً للضرر كما لو حلف ألا يطأها وهي مريضة حتى تبرأ[٥].

مسألة ١٢٨٦

إذا آلى من صغيرة لا يوطأ مثلها مدة تنقضي قبل بلوغها حد الوطء؛ فلا حكم لإيلائه[٦]، وقال أبو حنيفة: تضرب له المدة في وقت اليمين، فإن فاء فيها بالقول

---

(١) الراجح أن الكفارة لا تسقط بفيئة المؤلي؛ لأن قوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] فيه بيان مغفرته ورحمته للمؤلي، وذلك يوجب رفع الإثم عنه، وبقاء امرأته، ولا تسقط كفارته، وهذا مذهب الجماهير.
انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٣ / ٥٢)، «المبدع» (٨ / ٢٥)، «المبسوط» (٧ / ٢٠)، «البناية» (٤ / ٦٣٥)، «رؤوس المسائل» (٤٢٣)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٤٢٤).

(٢) «المدونة» (٣ / ٨٩ ـ ط دار صادر)، «الخرشي» (٤ / ٩٠)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٦ ـ ١٠٧)، «التفريع» (٢ / ٩٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢١٩).

(٣) «المبسوط» (٧ / ٣٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٧٦).

(٤) «مختصر المزني» (١٩٨)، «الحاوي الكبير» (١٣ / ٢٣٢ ـ ٢٣٣)، «حلية العلماء» (٧ / ١٤٤).

(٥) الراجح إن لم يرد إضراراً بها حتى ينقضي أمر الرضاع لم يكن لزوجته مطالبة، وذلك لقصد إصلاح الولد.

(٦) «المدونة» (٢ / ٣٢١)، «المعونة» (٢ / ٨٨٢)، «الخرشي» (٤ / ٩٠)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢١).

سقط عنه حكم الإيلاء، وإلا بانت منه بعد انقضائه[١].

فدليلنا أن المولي هو الممتنع من وطء الزوجة على وجه الإضرار ومنعها، وذلك ممتنع في الصغيرة التي لم تبلغ الوطء؛ فلم يلزمه فيها حكم الإيلاء.

مسألة ١٢٨٧

إذا ترك وطء الزوجة مضاراً ودام ذلك ولكن بغير يمين كان له حكم المولي[٢]، خلافاً لأكثرهم[٣]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ [البقرة: ٢٣١]، ولأن الذي لأجله وجب ضرب المدة للحالف ووقفه بعدها هو امتناعه من وطئها المدة التي هي غاية مايصبر النساء عن الوطء في مثلها مع قصد الإضرار وانتفاء الأعذار، وهذا موجود في مسألتنا؛ فوجب حسم الباب بإجرائه مجرى الحالف[٤].

مسألة ١٢٨٨

إيلاء الخصي أو الذي قد بقي مِنْ ذَكَره ما لا يقدر أن يطأ به أو الشيخ الفاني كل ذلك لا حكم له[٥]، وللشافعي قولان:

---

(١) «مختصر الطحاوي» (٢٠٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٧٥ / رقم ٩٩٩).

(٢) «المعونة» (٢ / ٨٨٧)، «التفريع» (٢ / ٩٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢١٦)، «الخرشي» (٤ / ٩٣)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٦) ـ وفيه: «قال علماؤنا: ومن امتنع من وطء امرأته بغير يمين حلفها إضراراً بها أمر بوطئها، فإن أبى وأقام على امتناعه مضرّاً بها فرّق بينه وبينها من غير ضرب أجل، وقد قيل: يضرب أجل الإيلاء، وقد قيل: لا يدخل على الرجل الإيلاء في هجرته من زوجته وإن أقام سنين لا يغشاها، ولكنه يوعظ ويؤمر بتقوى الله تعالى في أن لا يمسكها ضراراً» ـ.

(٣) وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة.
انظر: «حلية العلماء» (٧ / ١٥٦ ـ ١٥٧).

(٤) الراجح ما حكاه القرطبي في آخر أقواله السابقة والله أعلم، وهو مذهب الجمهور.

(٥) «المدونة» (٢ / ٣٢١)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٦)، «الخرشي»(٤ / ٩٧)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢١).

أحدهما: أن الإيلاء منهم ينعقد ويصح[(١)].

ودليلنا ماقدمناه أن المولي هو الذي يقصد الإضرار بزوجته بالامتناع من وطئها بعقد يمين أو بغير عقد يمين بعد أن يعلم ضرره، وهٰذا معدوم في العاجز عن الوطء فلم يتعلق به حكم الإيلاء[(٢)].

مسألة ١٢٨٩

إذا قال: أنت طالق لأفعلن كذا، أو إن لم أفعل كذا فيمنع من وطئها حتى يفعل، فإن لم يفعل على وجه يعلم به قصد الإضرار وأنه لا عذر له في تركه دخل عليه الإيلاء[(٣)]، وقال أبو حنيفة[(٤)] والشافعي[(٥)]: لا يدخل عليه الإيلاء ولا يمنع من وطئها.

فدليلنا على كونه مولياً مبني على منعه من الوطء، ووجه ذٰلك أنه في الظاهر على حنث؛ لأن الحنث مخالفة اليمين، واليمين هي بأن يفعل؛ فالمخالفة ألا يفعل، وهو في الحال غير فاعل، فكان حانثاً إلا أنه لا يتحقق عليه الحنث ما دام الفعل ممكناً، لٰكن منع الوطء لجواز أن لا يبر؛ فيتبين أنه كان في الحال حانثاً، فإذا صح ذٰلك تعلق الإيلاء بامتناعه؛ لأن الموجب لامتناعه هو اليمين الذي يحنث فيها متى لم يفعل المحلوف عليه، فإذا تبين ضرره بالامتناع وجب وقفه وثبت عليه حكم الإيلاء.

---

(١) «مختصر المزني» (٢٠١)، «الحاوي الكبير» (١٣ / ٣١٢ ـ ٣١٣)، «حلية العلماء» (٧ / ١٣٥ ـ ١٣٦)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٢).

(٢) القول بأنه لا حكم له أصح وأقرب إلى الكتاب والسنة، فإن الفيء هو الذي يُسقط اليمين، والفيء بالقول لا يسقطها، فإذا بقيت اليمين المانعة من الحنث بقي حكم الإيلاء. قاله القرطبي في «تفسيره» (٣ / ١٠٣).

(٣) «المدونة» (٣ / ٩٢ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٥)، «الخرشي» (٤ / ٩٢).

(٤) «المبسوط» (٦ / ١٢٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٢ / رقم ١٠١٤).

(٥) «مختصر المزني» (١٩٨).

مسألة ١٢٩٠

يصح الإيلاء من الأجنبية ولا يفتقر إلى شرط التزويج، فإن تزوجها وقد بقي من مدته أكثر من أربعة أشهر وقف لها[1]، وقال أبو حنيفة[2] والشافعي[3]: لا يصح الإيلاء في الأجنبية.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وهٰذا مول من امرأته، والظاهر لم يفرق بين الإيلاء بعقد قبل الزوجية أو بعدها، ولأنه ممنوع من وطء زوجة زيادة على أربعة أشهر بيمين يتعلق عليه بها حكم شرعي؛ فكان بذٰلك مولياً، أصله مع أبي حنيفة إذا أضاف إلى حال الزوجية ومع الشافعي إذا آلى منها بعد العقد[4].

مسألة ١٢٩١

إذا ظاهر من زوجته ولم يكفِّر على وجه الإضرار دخل عليه الإيلاء[5]، خلافاً لأبي حنيفة[6] والشافعي[7]؛ لأنه حصل ممتنعاً من وطء من يتوقف لها بيمين لا يتخلص منها إلا بالكفارة أكثر من أربعة أشهر؛ فوجب أن يكون مولياً، أصله إذا ابتدأ الإيلاء من غير ظهار.

---

(١) «المدونة» (٣ / ٩٣ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٧)، «الخرشي» (٤ / ٩٠)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢١٥).

(٢) «المبسوط» (٧ / ٣٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٧٩ / رقم ١٠٠٨)، «الاختيار» (٣ / ٢١٨)، «البناية» (٤ / ٦٤٧).

(٣) «الأم» (٥ / ٢٧٠)، «حلية العلماء» (٧ / ١٣٥)، «المهذب» (٢ / ١٠٥).

(٤) قال الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، والأجنبية ليست من نسائه، ولأنّ الإيلاء حكم من أحكام النكاح؛ فلم يتقدمه كالطلاق، ولأن المدة في الإيلاء تضرب للزوج لقصده الإضرار بالزوجة بيمينه، وإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للإضرار، فأشبه الممتنع بغير يمين.

(٥) «المدونة» (٣ / ٦١ ـ ط دار صادر)، «الخرشي» (٤ / ٩٣، ٩٥، ٩٦).

(٦) «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٣ / رقم ١٠١٥).

(٧) «مختصر المزني» (٢٠٢)، «الحاوي الكبير» (١٣ / ٣٣٢)، «حلية العلماء» (٧ / ١٦٣)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٥).

مسألة ١٢٩٢

لا يصح إيلاء الكافر، وفائدة ذلك أنه لا يؤاخذ بعد إسلامه بوقف ولا بكفارة إن حنث[(١)]، وقال أبو حنيفة[(٢)] والشافعي[(٣)]: يصح.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]، وقوله ﷺ: «الإسلام يجب ما قبله»[(٤)]، ولأنه ممن لا يصح منه التقرب بالاعتناق؛ فلم يصح منه الإيلاء؛ كالمجنون، ولأن أنكحتهم فاسدة عندنا والوطء في النكاح الفاسد غير مستحق عليه؛ فلم يجب وقفه لأجله.

* * * * *

---

(١) «المدونة» (٣ / ١٠٥ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٦)، «الخرشي» (٤ / ٩٣)، «تفسير القرطبي» (٣ / ١٠٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢١٥) ـ وفيه: «المولي: وهو كل زوج مسلم» ـ.

(٢) «مختصر الطحاوي» (٢١١)، «الهداية» (٢ / ١٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٧٨ / رقم ١٠٠٤).

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصح إيلاؤه بالله، ويصح بالطلاق والعتق.

(٣) «مختصر المزني» (٢٠١)، «الحاوي الكبير» (١٣ / ٣٠٦)، «حلية العلماء» (٧ / ١٥٨)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٤٣).

(٤) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب الإيمان، باب كون الإسلام يهدم ما قبله وكذا الهجرة والحج، رقم ١٢١) من حديث عمرو بن العاص.

كتاب الظهار

مسألة ١٢٩٣

الظهار يصح من العبد[(١)]، خلافاً لمن منعه[(٢)]؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم﴾ [المجادلة: ٢]؛ فعم، ولأنه نكاح صحيح فصح فيه الظهار؛ كنكاح الحر[(٣)].

---

(١) «جامع الأمهات» (ص ٣٠٩)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٦)، «التفريع» (٢ / ٩٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٥).

(٢) قوله تعالى: ﴿منكم﴾ يقتضي صحة ظهار العبد، خلافاً لمن منعه، وحكاه الثعلبي عن مالك؛ لأنه من جملة المسلمين، وأحكام النكاح في حقه ثابتة، وإنْ تعذَّر عليه العتق والإطعام؛ فإنه قادر على الصيام. قاله القرطبي في «تفسيره» (١٧ / ٢٧٦).

(٣) قال الماوردي في «الحاوي» (١٣ / ٣٠٧): «وقال مالك: لا يصح ظهار العبد».

وتعقبه القفال في «حلية العلماء» (٧ / ١٦١) فقال: «وحكي عن بعض الناس أنه لا يصح ظهار العبد، وحكاه في «الحاوي» عن مالك».

وذهب بعض أهل العلم إلى أنه لا يجزئه إن ظاهر إلا الصوم. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٦ ـ ٤٩٧ / رقم ١٠٣٩).

وقال البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب الظهار، ٩ / ٤٣٢ ـ مع «الفتح»): «وقال عكرمة: إن ظاهر من أمته فليس بشيء، إنما الظهار من النساء».

وهٰذا مذهب الحنفية والشافعية.

انظر: «المبسوط» (٦ / ٢٢٧)، «مختصر المزني» (ص ٢٠٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩١ / رقم ١٠٣٠).

مسألة ١٢٩٤

لا يصح ظهار الكافر[١]، خلافاً للشافعي[٢]؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْۖ﴾ [المجادلة: ٢]، ثم عطف ببيان الكفارة؛ فكان العطف خاصاً فيمن بيّن في الآية الأخرى، ولأن ذٰلك مبني على أصلنا في فساد نكاحه[٣].

مسألة ١٢٩٥

يلزم الظهار في كل أمة يجوز وطؤها[٤]، خلافاً لأبي

---

(١) «المدونة» (٣ / ٥٢ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٩)، «شرح الزرقاني» (٤ / ١٦٣)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٥).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «مختصر الطحاوي» (٢١٤)، «أحكام القرآن» (٣ / ٤١٧) للجصاص، «اللباب» (٣ / ٧٠)، «المبسوط» (٦ / ٢٣١)، «بدائع الصنائع» (٣ / ٢٣٠)، «فتح القدير» (٤ / ٩٥)، «رؤوس المسائل» (٤٢٥)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٤٧٣)، «نوادر الفقهاء» (ص ١١١ / رقم ١٠٧).

(٢) «الأم» (٥ / ٢٧٦)، «مختصر المزني» (٢٠٢)، «المهذب» (٢ / ١١٩)، «الوجيز» (٢ / ٧٨)، «المنهاج» (١١٢)، «تكملة المجموع» (١٧ / ٣٨٢)، «روضة الطالبين» (٨ / ٢٦١)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٥٢ / رقم ٢٣٤)، «حلية العلماء» (٧ / ١٦١)، «الحاوي الكبير» (١٣ / ٣١٧).
وهٰذا مذهب أحمد.
انظر: «الإفصاح» (٢ / ١٦٣)، «المغني» (٧ / ٣٣٩).

(٣) قوله تعالى: ﴿مِنكُمْ﴾ يعني: من المسلمين، وهٰذا يقتضي خروج الذمي من الخطاب.
فإن قيل: هٰذا استدلال بدليل الخطاب!
قلنا: هو استدلال بالاشتقاق والمعنى، فإنّ أنكحة الكفار فاسدة مستحقة الفسخ، فلا يتعلق بها حكم طلاق ولا ظهار، وذٰلك كقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وإذا خلت الأنكحة عن شروط الصِّحَّة فهي فاسدة، ولا ظهار في النكاح الفاسد بحال. قاله القرطبي في «تفسيره» (١٧ / ٢٧٦).

(٤) «المدونة» (٣ / ٥١ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢ / ٨٩٠)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٨)، «أحكام القرآن» (٣ / ١٧٥١ ـ ١٧٥٧) لابن العربي، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٣٧٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٣٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٥).

حنيفة[١] والشافعي[٢]؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣]؛ فعم، ولأنه فرج محلل له فصح ظهاره منه؛ كالزوجة، ولأنه لفظ يتعلق بتحريم البضع دون رفع العقد؛ فصح في الأمة، أصله اليمين بالله، ولأنه أحد نوعي استباحة الفرج فلحق الظهار فيه كالنكاح[٣].

مسألة ١٢٩٦

إذا شبَّه امرأته بابنته أو أخته أو عمته أو غيرهن من المحرمات عليه من النسب كان ظهاراً[٤]، خلافاً لأحد قولي الشافعي أنه لا يكون مظاهراً إلا بالأم والجدة[٥]؛

---

(١) «المبسوط» (٦ / ٢٢٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩١ / رقم ١٠٣٠)، «الهداية» (٤ / ٢٥٥)، «اللباب» (٣ / ٦٩)، «عمدة القاري» (٢ / ٢٨٢).

(٢) «الأم» (٥ / ٢٧٩)، «مختصر المزني» (٢٠٣)، «حلية العلماء» (٧ / ١٧٨)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٥٢)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٦).

(٣) هٰذه مسألة عسيرة جداً على المالكية؛ لأن مالكاً يقول: إذا قال لأمته: أنتِ عليَّ حرام لا يلزم؛ فكيف يبطل فيها صريح التحريم وتصح كنايته؟! ولٰكن تدخل الأمة في عموم قوله: ﴿من نسائهم﴾ لأنه أراد من محللاتهم، والمعنى فيه: أنه لفظ يتعلق بالبُضع دون رفع العقد، فصحَّ في الأمة، أصله الحلف بالله تعالى. أفاده ابن العربي في «أحكامه».

(٤) «المدونة» (٣ / ٤٩ ـ ٥٠ ـ ط دار صادر)، «التفريع» (٢ / ٩٤)، «المعونة» (٢ / ٨٨٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٣١)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٠)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٤)، «الشرح الكبير» (٢ / ٤٣٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٦).

(٥) الجديد من مذهبهم وأحد قولي القديم: إنه ظهار.

وقوله في القديم أنه لا يكون الظهار إلا بالأم أو الجدة؛ لأن اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالأم.

انظر: «الأم» (٥ / ٢٧٧) ـ وفيه: «وإذا قال لامرأته: أنتِ عليَّ كظهر أختي أو كظهر امرأة محرمة عليه من نسب أو رضاع قامت في ذٰلك مقام الأم» (وهٰذا قوله الجديد) ـ، «مختصر المزني» (٢٠٣)، «الإقناع» (١٥٦ ـ ١٥٧)، «روضة الطالبين» (٨ / ٢٦٤)، «حلية العلماء» (٧ / ١٦٣ ـ ١٦٤)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٦)، «تكملة المجموع» (١٧ / ٣٤٤)، «الإشراف» لابن المنذر (رقم ٢٦٩٣) ـ وفيه: «وقال الشافعي إذ هو بالعراق: وفي الظهار بما سوى الأم قولان: أحدهما كقول هٰؤلاء الجماهير، والقول الآخر: أنه لا يكون إلا بالأم، ثم قال بمصر كما ذكرناه عن جمل الناس» ـ.

لأنها محرمة على التأبيد؛ كالأم، ولأنها جهة من النسب متأبدة التحريم؛ كالأمومة(١).

مسألة ١٢٩٧

لا فرق بين أن يكون تحريم المشبه بها أصلياً أو طارئاً(٢)، خلافاً للشافعي في قوله: إن الظهار لا يكون إلا في التشبيه في التحريم الأصلي(٣)؛ لأنها حال تشبيه الزوجة بها فحرمت تحريماً مؤبداً كالأصلية التحريم(٤).

مسألة ١٢٩٨

إذا قال: أنت عليَّ كرأس أمي أو يدها أو غير ذٰلك من أعضائها كان ظهاراً(٥)، وقال أبو حنيفة: إن شبهها بعضو لا يحل له النظر إليه كان ظهاراً، وإن كان بعضو

---

(١) الراجح أنَّ الظهار يكون بالتشبيه بالمحرمات على التأبيد؛ إذ يشبهن الأم، وتعليق الحكم بالأم في قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢]، لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها إذا كانت مثلها، وهٰذا قول الحسن البصري والشعبي والنخعي وجابر بن زيد وعطاء والزهري والثوري وأصحاب الرأي، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد. أفاده ابن المنذر. وانظر: «المغني» (٧ / ٣٤٠)، «نوادر الفقهاء» (١١٠ ـ ١١١)، «فقه أبي ثور» (٥٢٦ ـ ٥٢٧)، «البناية» (٤ / ٦٩٤).

(٢) «المدونة» (٣ / ٤٩ ـ ٥٠ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢ / ٨٨٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٠)، «التفريع» (٢ / ٩٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٣١)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٤)، «الشرح الكبير» (٢ / ٤٣٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٦).

(٣) «الأم» (٥ / ٢٧٧)، «مختصر المزني» (٢٠٣)، «الإقناع» (١٥٦ ـ ١٥٧)، «روضة الطالبين» (٨ / ٢٦٤)، «حلية العلماء» (٧ / ١٦٦)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٦ ـ ٢٩٧)، «تكملة المجموع» (١٧ / ٣٤٤)، «الإشراف» (رقم ٢٦٩٣) لابن المنذر.

(٤) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو الراجح، كما قدمناه في التعليق على المسألة السابقة.

(٥) «المدونة» (٢ / ٢٩٥ ـ فما بعد)، «التفريع» (٢ / ٩٤ ـ ٩٦)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٣٨٢ ـ ٣٨٤)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٩)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٤)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٦).

يحل له النظر إليه لم يكن ظهاراً[١]. وللشافعي قول مثل قولنا، وقول: أنه لا يكون مظاهراً إلا بالظهر وحده[٢].

فدليلنا أنه عضو من أمة شبه امرأته به؛ فكان ظهاراً، أصله الظَّهر[٣].

مسألة ١٢٩٩

إذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه ولم يشبه جملتها كان ظهاراً[٤]. وقال الشافعي في أحد قوليه: إنه لا يكون مظاهراً إلا بأن يشبه جملتها[٥].

فدليلنا أن كل موضع لحقه الظهار كالجملة، ولأنه إنما يلزمه حكم الظهار بتشبيهه امرأته المحللة بالفرج المحرم عليه مؤبداً، وهٰذا موجود فيه إذا شبه بعضها؛ لأن بعضها في الشرع في جواز الاستمتاع بمثابة كلها، ولأنه لفظ يقتضي تحريم الوطء، فإذا علق بعضو سرى إلى الجملة، أصله الطلاق[٦].

---

(١) «مختصر الطحاوي» (٢١٢)، «اللباب» (٣ / ٦٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٥ / رقم ١٠١٩).

(٢) «الأم» (٥ / ٢٧٨ ـ ٢٧٩)، «مختصر المزني» (٢٠٣)، «الإقناع» (١٥٦)، «حلية العلماء» (٧ / ١٦٤)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٦).

ومذهب الحنابلة لو أضاف الظهار إلى المتصل ـ كالرأس أو اليد ـ يثبت، ولو أضافه إلى المنفصل ـ كالشعر أو الظفر ـ لا يثبت.

انظر: «تقرير القواعد» (١ / ١٣ ـ بتحقيقي) لابن رجب.

(٣) القول بعدم الظهار في المسألة ضعيف؛ لأن إضافة الطلاق إليه خاصة حقيقة يصح. أفاده القرطبي.

(٤) «المدونة» (٢ / ٢٩٩)، «التفريع» (٢ / ٩٥)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٣٨٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٧)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٩)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٤).

وقال ابن القاسم: «قياس قول مالك: أن يكون مظاهراً بكل شيء من الأم».

(٥) «الحاوي الكبير» (١٣ / ٣٣٦ ـ ٣٣٧)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٦ ـ ٢٩٧).

(٦) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو الراجح.

وانظر لزاماً: «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٥ / رقم ١٠١٩).

مسألة ١٣٠٠

إذا قال: أنت عليَّ كأمي أو مثل أمي أو أنت أمّي، ولا نية له كان ظهاراً[١]، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعي[٣]: إذا لم تكن له نية؛ فلا حكم له.

فدليلنا أنه أطلق تشبيه امرأته من أمه فلم يخل من وجوب تحريم به، أصله إذا ذكر الظهر.

مسألة ١٣٠١

إذا قال: أنت حرام كظهر أمي كان ظهاراً ولم يكن طلاقاً[٤]، وقال أبو يوسف[٥] ومحمد[٦] والشافعي[٧]: إن نوى به الطلاق كان طلاقاً.

فدليلنا أنه قد وجد في لفظه صريح الظهار، وهو قوله: أنت عليَّ كظهر أمي؛ فوجب أن لا يكون طلاقاً، أصله: إذا أفرد عن لفظ التحريم، ولأنه شبه فرجاً محللاً له بفرجٍ محرَّمٍ عليه مؤبَّداً، فصار مظاهراً، كما لو لم يذكر التَّحريم[٨].

---

(١) «المعونة» (٢ / ٨٩٠)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٦)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٠) ـ وفيه: «ولو قال: أنتِ حرام كظهر أمي أو كأمي؛ فعلى ما نوى منهما أو من أحدهما، فإن لم يكن له نية فظهار، وقال عبدالوهاب: طلاق»!! ـ.

(٢) «المبسوط» (٦/ ٢٢٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٨٧ / رقم ١٠٢٢)، «اللباب» (٣ / ٦٩).

(٣) «الأم» (٥ / ٢٧٩)، «مختصر المزني» (٢٠٣)، «حلية العلماء» (٧ / ١٦٩)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٨).

(٤) «المدونة» (٣ / ٥٠ ـ ط دار صادر)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٦)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٤)، «أحكام القرآن» (٤ / ١٧٤٩) لابن العربي. وانظر التعليق على المسألة السابقة.

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٧ / رقم ١٠٢١).

(٦) «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٧ / رقم ١٠٢١).

(٧) «الأم» (٥ / ٢٧٨)، «حلية العلماء» (٧ / ١٦٨)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٨).

(٨) ما قرره المصنف قوي ووجيه، والدليل عليه: أنه أطلق تشبيه امرأته بأمه؛ فكان ظهاراً، أصله إذا ذكر الظهر وهٰذا قوي، فإن معنى اللفظ فيه موجود ـ واللفظ بمعناه ـ ولم يلزم حكم الظهر للفظه، وإنما ألزمناه بمعناه، وهو التحريم. قاله ابن العربي، وأيّده القرطبي، والله المستعان، لا ربَّ سواه.

مسألة ١٣٠٢

إذا شبَّه امرأته بأجنبيَّة فإن ذكر الظهر كان ظهاراً على كل وجه، فإن لم يذكر الظهر؛ فمن أصحابنا من يقول: يكون ظهاراً، ومنهم من يقول: يكون طلاقاً[1]، وقال أبو حنيفة[2] والشافعي[3]: بالأجنبية لا يكون ظهاراً، ولا طلاقاً بوجه.

فدليلنا أنه شَبَّهَ فرجاً محللاً له بفرجٍ محرَّم عليه؛ فكان مؤثراً في التحريم كذوات المحارم.

مسألة ١٣٠٣

قال ابن القاسم: إذا قال: أنت علي كظهر أبي[4] أو غلامي كان مظاهراً[5]،

---

(١) «المعونة» (٢ / ٨٩٠)، «المدونة» (٣ / ٤٩ ـ ٥٠ ـ ط دار صادر)، «أحكام القرآن» لابن العربي (٤ / ١٧٤٩) ـ وفيه: «وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يكون شيئاً، وهٰذا فاسد؛ لأنه شبه محللاً من المرأة بمحرم؛ فكان مقيَّداً بحكمه كالظهر والأسماء بمعانيها عندنا وعندهم بألفاظها، وهٰذا نقض للأصل منهم» ـ، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٦).

وهٰذا مذهب عثمان البتي، أفاده الجصاص.

(٢) «مختصر الطحاوي» (٢١٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٢٤ / رقم ١٠١٨).

(٣) «مختصر المزني» (٢٠٣)، «حلية العلماء» (٧ / ١٦٦)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٢٩٧).

وهٰذا مذهب الثوري والأوزاعي والحسن بن حي، أفاده الجصاص.

(٤) في المطبوع والأصل: «أمي»، والصواب ما أثبتناه.

(٥) نقله عن ابن القاسم ابن شاس في «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٧)، وابنُ الحاجب في «جامع الأمهات» (ص ٣١٠)، ونقل عن ابن حبيب أنه قال: «ليس بظهار ولا طلاق».

ونقله عن ابن القاسم: القفال الشاشي في «حلية العلماء» (٧ / ١٦٦) ـ وفي مطبوعه: «أبو القاسم»!! فليصوب ـ والمالقي في «الأحكام» (٣٦٣).

وعزاه القرطبي في «تفسيره» (١٧ / ٢٧٥)، والزرقاني في «شرحه على خليل» (٤ / ١٦٧)، وابن المنذر في «الإشراف» (رقم ٢٦٩٤)، والجوهري في «نوادر الفقهاء» (١١١) لمالك.

وعزاه ابن المنذر لأحمد أيضاً.

قلت: هو رواية عنه.

انظر: «المغني» (٧ / ٣٤١).

وقال الشافعي: لا يكون له حكم[(١)].

فدليلنا أنه شبه امرأته بظهر ذي محرم منه كالأم[(٢)].

مسألة ١٣٠٤

إذا تظاهرت المرأة من زوجها لم يكن لها حكم[(٣)]، وقال أبو يوسف: عليها كفارة يمين[(٤)].

---

(١) «مختصر المزني» (ص ٢٠٣)، «الإشراف» (رقم ٢٦٩٤) لابن المنذر، «حلية العلماء» (٧/ ١٦٦)، «روضة الطالبين» (٨/ ٢٦٥).

وقال الأوزاعي: «لو قال لها: أنت عليَّ كظهر فلان رجل فهو يمين يكفّرها». قاله القرطبي في «تفسيره» (١٧/ ٢٧٥).

(٢) ذهب الجماهير إلى أنه في هٰذه الألفاظ ليس بمظاهر.

انظر: «المغني» (٧/ ٣٤١)، «نيل الأوطار» (٧/ ٥١).

وكتب الناسخ في الهامش: «لعل كلمة ذي زائدة».

(٣) «المنتقى» (٤/ ٤٨)، «الخرشي» (٤/ ١٠٢) ـ وفيه: «ولا يلزمها كفارة ظهار، ولا كفارة يمين، خلافاً للزهري في الأول، ولإسحاق في الثاني» ـ، «تفسير القرطبي» (١٧/ ٢٧٦).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٤٩٢)، «البدائع» (٣/ ٢٣١)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٤٦٧) ـ وفيه: «وعند أبي يوسف: عليها كفارة ظهار»! ـ والصواب: «كفارة يمين» كما في «حلية العلماء» (٧/ ١٦٧)، «تفسير القرطبي» (١٧/ ٢٧٧).

وهٰذا مذهب إسحاق ـ كما تقدم ـ ورواية عن أحمد، وقول ابن جريج عن عطاء.

وأظهر قولي أحمد أن عليها كفارة الظهار.

انظر: «المغني» (٨/ ٦٢١)، «تفسير القرطبي» (١٧/ ٢٧٧).

وبه قال الحسن البصري والنخعي. أفاده القفال.

والمذهب وما عليه جماهير الأصحاب أنه لا تكون المرأة مظاهرة عندهم.

انظر: «الإنصاف» (٩/ ٢٠٠، ٢٠١).

وقال الزهري: أرى أن تكفر الظهار، ولا يحول قولها هٰذا بينها وبين زوجها أن يصيبها.

وقال الأوزاعي: لا تكون مظاهرة من زوجها، ولٰكنها إذا قالت ذٰلك لأجنبي لزمها الكفارة إذا تزوجته، وقيد القرطبي الكفارة بكفارة اليمين.

انظر: «المجموع» (١٦/ ٣٥٧)، «حلية العلماء» (٧/ ١٦٧)، «تفسير القرطبي» (١٧/ ٢٧٦ ـ ٢٧٧).

فدليلنا أن معنى الظهار تحريم الوطء بالقول فلم يصح من النساء كالطلاق، ولأنها يمين يحرم بها الوطء بالقول؛ فلم يصح من المرأة؛ كالإيلاء، ولأنه قول من غير الزوج المالك للوطء كالأجنبي، ولأن كل من لم يكن له أن يطلق بحال لم يكن له أن يظاهر كالأجنبية.

مسألة ١٣٠٥

إذا وقَّت الظِّهار بمدة بعينها تأبّد وبطل التوقيت[1]، وقال الشافعي في أحد قوليه: «يخرج عن أن يكون ظهاراً أصلاً»[2]، وقال أبو حنيفة: يتوقت بتوقيته، فإذا انقضت المدة بطل حكمه[3].

= واختيار ابن تيمية أن كفارة الظهار تلحق المرأة إن ظاهرت زوجها. انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٩ / ٣٤).

وأخرج الأثرم ـ ومن طريقه ابن حزم في «المحلى» (١٠ / ٥٤) ـ بإسناده عن إبراهيم: أن عائشة بنت طلحة قالت: لو تزوّجتُ مصعب بن الزبير فهو عليَّ كظهر أبي. فسألت أهل المدينة فرأوا عليها الكفارة.

وأخرج سعيد بن منصور في «سننه» (٣ / ٢ / ٤٣ / رقم ١٨٤٨) أنها استفتت أصحاب رسول الله ﷺ وهم يومئذ كثر؛ فأمروها أن تعتق رقبة، وتزوجه، فتزوّجته، وأعتقت العبد.

وأخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٤٤٤)، وابن حزم في «المحلى» (١٠ / ٥٤) أيضاً.

وإسناده صحيح.

(١) «المدونة» (٣ / ٥٣ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٩)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٦٩)، «مواهب الجليل» (٤ / ١١٣ ـ ١١٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٠٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٠).

وبه قال ابن أبي ليلى والليث. انظر: «حلية العلماء» (٧ / ١٧١).

(٢) «مختصر المزني» (٢٠٣)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٥٧)، «المجموع» (١٩ / ٦٦)، «حلية العلماء» (٧ / ١٧٠).

(٣) «مختصر الطحاوي» (٢١٢)، «المبسوط» (٦ / ١٣٢)، «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (١٩٨)، «الاختيار» (٣ / ١٦١ ـ ١٦٢)، «فتح القدير» (٤ / ٢٤٧)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٤)، «اللباب» (٣ / ٦٧ ـ ٦٨).

وهذا مذهب أبي ثور وأحمد وعطاء وقتادة وإسحاق، وهو مروي عن ابن عباس.

فدليلنا على الشافعي: أنه لفظ يحرم به الوطء؛ فلم يخرج عن بابه بتوقيته كالطلاق، ولأنه قد وجد منه تشبيه الفرج المحلل بالمحرم؛ فأشبه الإطلاق.

ودليلنا على أبي حنيفة قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟﴾ [المجادلة: ٣]، وهٰذا مظاهر عائد، ولأنه لفظ يتعلق به تحريم البضع في الشرع فوجب أن لا يتوقت بوقت بعينه كالطلاق[1].

مسألة ١٣٠٦

إذا ظاهر من أجنبية بشرط التزويج صحَّ وثبت حكمُه[2]، وقال الشافعي: لا يصح، وبناه على أصله في الطلاق[3].

= انظر: «المغني» (١١ / ٦٨ ـ ٦٩)، «الإنصاف» (٩ / ٢٠٤)، «منتهى الإرادات» (٣ / ١٦٨)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٢٣)، «كشاف القناع» (٥ / ٣٧٣)، «فقه أبي ثور» (٥٢٩).

(١) ويدل على قول أبي حنيفة وأحمد لأنه منع نفسه منها بيمين لها كفارة فصحّ مؤقتاً ـ أصله: الإيلاء ـ حديث سلمة بن صخر الأنصاري عند: أحمد (٤ / ٣٧ و٥ / ٤٣٦)، والدارمي (٢ / ٨٦ / أو رقم ٢٢٧٨)، وأبو داود (٢٢١٣، ٢٢١٧)، والترمذي (١١٩٨، ١٢٠٠، ٣٢٩٩) وفي «العلل الكبير» (٣٠٦)، وابن ماجه (٢٠٦٢، ٢٠٦٤)، والدارقطني (٣ / ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨)، والبيهقي (٧ / ٣٩٠)؛ في «سننهم»، وابن خزيمة في «صحيحه» (٢٣٧٨)، وابن الجارود في «المنتقى» (٧٤٤)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٢٠٣، ٢٠٤)؛ قال: «كنت امرءً قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤتَ غيري، فلما دخل رمضان تظاهرتُ من امرأتي حتى ينسلخ رمضان فَرَقاً من أن أصيب في ليلتي شيئاً، فأتتابع في ذٰلك إلى أن يدركني النهار وأنا لا أقدر على أن أنزع، فبينا هي تخدمني من الليل إذ تكشف لي منها شيئاً، فوثبت عليها. . . » القصة، لفظ أحمد.

وهٰذا يدل على أن التوقيت كان معروفاً عندهم، ولما بلغت قصته رسول الله لم ينكر عليه.

ولٰكن في إسناد الحديث انقطاع؛ إذ رواه عن سلمة سليمان بن يسار، ولم يسمع منه. قاله الترمذي وشيخه البخاري وغيرهما.

انظر: «تحفة الإشراف» (٤ / ٥٠)، «الأحكام الوسطى» (٣ / ٢٠٥ ـ ٢٠٦)، «مختصر سنن أبي داود» (٣ / ١٣٩)، «إتحاف المهرة» (٥ / ٦٠٧).

(٢) «المدونة» (٣ / ٥٩ ـ ٦٠ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٠)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٨)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٨).

(٣) «مختصر المزني» (٢٠٣)، «حلية العلماء» (٧ / ١٦١)، «المهذب» (٢ / ١٠٥).

ودليلنا قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ﴾ [المجادلة: ٣]، ولم يفرق بين أن يكون الظهار قبل التزويج بشرط وجوده أو بعده، ولأن هٰذا مبني على أصلنا في الطلاق، وقد ذكرناه[١].

مسألة ١٣٠٧

إذا قال لأجنبية: إنْ تزوَّجتُك فأنتِ طالق وأنت عليَّ كظهر أمي وأنت طالق؛ فذٰلك سواء، ويلزمه الظهار والطلاق إنْ تزوجها[٢]، وقال أبو حنيفة: يلزمه الطلاق ولا يلزمه الظهار[٣].

فدليلنا قوله عز وجل: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ﴾ [المجادلة: ٣]، وقد ثبت أن الظهار بشرط وجود النكاح داخل في المظاهر، فإذا ثبت ذٰلك؛ فهو عام في المنفرد وفيما ينضم إليه عقد طلاق، ولأن العقدين مضافان إلى حال الزوجية؛ فيجب لزومهما كما لو قال: إن تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي، ولأنه ظهار بشرط حصول التزويج وبقائه؛ فوجب أن ينعقد، ويلزم كما لو أفرده من عقد الطلاق، ولأن الواو للجمع والاشتراك؛ فتقديره إذا تزوجتك فهٰذان العقدان يلزمانِ فيك.

مسألة ١٣٠٨

إذا ظاهر من امرأته ثم طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه بنكاح جديد، فإن الظهار يعود عليه[٤]، وقال الشافعي: لا يعود الظهار[٥].

---

(١) انظر مسألة (رقم ١٢٩٠)، وتعليقنا عليها.

(٢) «المدونة» (٣/ ٥٩ ـ ٦٠ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٠)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٨).

(٣) «المبسوط» (٦ / ٢٣٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٨ / رقم ١٠٢٣).

(٤) «المدونة» (٣ / ٦٥ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٠)، «أحكام القرآن» (٤ / ١٧٥٤) لابن العربي، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٨).

(٥) «مختصر المزني» (٢٠٤).

فدليلنا عموم الظهار، ولأن زوال الملك الذي ظاهر فيه لا يوجب زوال حكم ما وجب قبل زواله بل يعود على حكم الملك، أصله لو ظاهر من زوجته الأمة ثم ابتاعها؛ فإنه لا يجوز له أن يطأها حتى يكفِّر.

مسألة ١٣٠٩

إذا ظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة لزمه كفارة واحدة(١)، وقال الشافعي: لكل واحدة كفارة(٢).

فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة: ٣]؛ فعم كل مظاهر من نسائه بأن عليه رقبة واحدة، ولأنه ظهار واحد بكلمة واحدة؛ فوجب أن يلزم به كفارة واحدة، أصله إذا كان المظاهر منها واحدة،

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٨٥)، «المدونة» (٣ / ٥٤ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٠)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٨)، «التفريع» (٢ / ٩٤، ٩٥)، «البيان والتحصيل» (٥ / ١٨٢).
وهٰذا هو القول القديم للشافعي.
انظر: «حلية العلماء» (٧ / ١٧٨)، «المجموع» (١٧ / ٣٦٣).
وهو مذهب الحنابلة.
انظر: «الإنصاف» (٩ / ٢٠٧)، «المقنع» (٢٥١)، «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢ / ١٨١)، «تقرير القواعد» (٢ / ٥١٣ ـ بتحقيقي).

(٢) هو قول الشافعي الجديد.
انظر: «الأم» (٥ / ٢٧٧)، «مختصر المزني» (٢٠٣)، «حلية العلماء» (٧ / ١٧٨)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٤٩ / رقم ٢٣٢)، «المهذب» (٢ / ١١٥)، «روضة الطالبين» (٨ / ٢٧٥)، «المجموع» (١٧ / ٣٦٣)، «المنهاج» (ص ١١٣).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «مختصر الطحاوي» (ص ٢١٣)، «القدوري» (ص ٥٨)، «المبسوط» (٦ / ٢٢٦)، «بدائع الصنائع» (٣ / ٢٣٤)، «فتح القدير» (٤ / ٢٥٦)، «البناية» (٤ / ٧٠٠)، «رؤوس المسائل» (ص ٤٢٦)، «اللباب» (٣ / ٦٩)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٤٧١).
وهو رواية عن أحمد.
انظر: «الإنصاف» (٩ / ٢٠٨).

ولأنه يمين يوجب الكفارة بمخالفته؛ فوجب إذا علق بجماعة نسوة أن يجزىء فيه كفارة واحدة، أصله إذا قال: والله لا وطئتكن؛ لأنها يمين واحدة تناولت أشياء فأجبرت منها كفارة واحدة، أصله إذا قال: والله لا كلمت زيداً وعمراً[١].

مسألة ١٣١٠

إذا قال لواحدة من نسائه: أنت علي كظهر أمي، ثم قال لأخرى: وأنت علي مثلها أو كهي أو شريكتها؛ فإنه يكون مظاهراً منهما جميعاً، ويلزمه لكل واحدة كفارة نوى أو أطلق[٢]، وقال الشافعي: إن نوى التظاهر من الثانية كان مظاهراً، وإن أطلق لم يكن مظاهراً إلا من الأولى فقط[٣].

---

(١) أخرج عبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٤٣٨ / رقم ١١٥٦٦)، وسعيد بن منصور في «السنن» (٢ / ٤٠)، والدارقطني (٣ / ٣١٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٣٨٣ ـ ٣٨٤)؛ عن سعيد بن المسيب قال: «أتى رجل عمر بن الخطاب له ثلاث نسوة، فقال: أنتنّ عليه كظهر أمه. فقال عمر: كفارة واحدة».

وإسناده صحيح.

وبه قال عروة بن الزبير، أخرجه مالك في «الموطأ» (٢ / ٨٥)، وعبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٤٣٩ / رقم ١١٥٦٧)، والبيهقي (٧ / ٣٨٣).

ونسب لعلي بن أبي طالب وربيعة بن أبي عبدالرحمٰن.

انظر: «المغني» (٨ / ١٦ ـ ط دار الفكر)، «السنن الكبرى» (٧ / ٣٨٤).

ويتأيّد هٰذا المأثور بما عند المصنف من العمومات والمعقولات، والله الهادي للخيرات، والمعين على الصالحات.

(٢) «المدونة» (٣ / ٥٤ ـ ط دار صادر)، «التفريع» (٢ / ٩٤، ٩٥)، «البيان والتحصيل» (٥ / ١٨٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٠).

(٣) «الأم»(٥ / ٢٧٨) ـ وفيه: «وإذا تظاهر الرجل من أربع نسوة له بكلمة واحدة أو بكلام متفرق فسواء، وعليه في كل واحدة منهن كفارة» ـ، «مختصر المزني» (٢٠٣)، «حلية العلماء» (٧ / ١٦٩)، «روضة الطالبين» (٨ / ٢٧٥)، «المجموع» (١٧ / ٣٦٣).

وذهب أحمد في رواية أن على المظاهر كفارة واحدة في جميع الحالات.

قال المرداوي في «الإنصاف» (٩ / ٢٠٨): «وعنه ـ أي أحمد ـ عليه كفارة واحدة، سواء كان بكلمة أو بكلمات، اختاره أبو بكر وابن عبدوس في «تذكرته»، وغيرهما».

ودليلنا أن الواو للعطف وحكم العطف حكم المعطوف عليه، واعتباراً به لو جمعهما في لفظ واحد كما لو قال: اضرب زيداً ثم قال: وعمراً مثله؛ كان كقوله: اضربهما[١].

مسألة ١٣١١

إذا كرر الظهار من زوجته ينوي بكل كلمة استئناف ظهار كان عليه لكل كلمة كفارة، وإن لم ينو استئنافاً فكفارة واحدة كان ذٰلك في مجلس أو مجالس[٢]. وقال أبو حنيفة: لكل ظهار كفارة إلا أن يكون في مجلس واحد وقد يزيد التكرار فيكون عليه كفارة واحدة[٣]. وقال الشافعي: إنْ والى ذٰلك؛ فكفارة واحدة، وإن أخَّر؛

= قلت: وهو اختيار أبي الخطاب.

انظر: «تقرير القواعد» (٢ / ٥١٣ ـ بتحقيقي).

(١) ينظر في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ . . .﴾ الآية [المجادلة: ٣]، هل اقتضت مقابلة مجموع المظاهرين بمجموع نسائهم، وتوزيع كل مظاهر على زوجته، أو مقابلة كل فرد من المظاهرين بمجموع نسائه المظاهر منهن؟

والأظهر ـ والله أعلم ـ أن الكل مما قوبل فيه الواحد بالواحد، والجملة بالجملة، وأن المعنى: حرمت على كل واحد أمه وابنته وأخته، إذ لو أريد مقابلة الواحد بالجمع لحرم على كل واحد أمهات الجميع وبناتهم، وهو باطل قطعاً. قاله ابن رجب.

(٢) والمذهب ـ على ما حقق ابن رشد في «البيان» ـ أن الكفارة تتكرر في صورتين أخرتين، هما:

الأولى: إذا علق الظهار على أمور مختلفة؛ كقوله: إنْ دخلتِ الدار فأنتِ عليَّ كظهر أمي، وإن لبستِ الثوب فأنتِ عليَّ كظهر أمي، ونحو ذٰلك.

والأخرى: إن كان الظهار الأول بغير فعل والثاني بفعل كما لو قال أولاً: أنتِ عليَّ كظهر أمي، ثم قال ثانياً: إنْ لبست الثوب فأنت علي كظهر أمي.

ففي هٰذه الحالتين مع الحالة الثالثة التي ذكرها المصنف تتعدد الكفارة، وما عداها تتداخل.

انظر: «المدونة» (٣ / ٥٤ ـ ٥٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣٠٩) ـ وفيه: «ولو كرَّره لم يتعدد، ولو قصد ظهارات ما لم ينو كفاراتٍ كاليمين بالله إلا أن يعلقه بأشياء مختلفة بخلاف الطلاق في التكرير» ـ، «التفريع» (٢ / ٩٤، ٩٥)، «البيان والتحصيل» (٥ / ١٨٢، ١٩٨ ـ ٢٠١، ٢٠٤)، «منح الجليل» (٢ / ٣٣٢)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٤٤٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٠).

(٣) «مختصر الطحاوي» (ص ٢١٣)، «القدوري» (ص ٧٨)، «اللباب» (٣ / ٦٩)، «المبسوط» (٦ / =

فلكلٍّ لفظة كفارة[١].

فدليلنا على أبي حنيفة أنه كرر لفظ الظهار من غير قصد الاستئناف، فلم يكن له حكم، أصله إذا كان في مجلس واحد وأراد التكرار.

ودليلنا على الشافعي قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣]، والظهار هو هٰذا القول المقصود به المظاهرة، فإذا وجد تعلق عليه الحكم، ولأنه لفظ يوقع تحريماً في الزوجة للزوج دفعه، فإذا كرر على وجه الاستئناف وجب أن يتعلق بكل لفظ حكم على الانفراد كالطلاق، ولأنه لفظ يتعلق به سبب يؤدي إلى الكفارة؛ فإذا أعاده مستأنفاً تعلقت به كفارة مستأنفة، أصله اليمين.

مسألة ١٣١٢

الكفارة في الظهار لا تجب إلا بالعود[٢]، خلافاً لما يحكى عن مجاهد أنها

= ٢٢٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٨ / رقم ١٠٢٥)، «بدائع الصنائع» (٣ / ٢٣٥)، «فتح القدير» (٤ / ٢٥٦)، «البناية» (٤ / ٧٠٠)، «رؤوس المسائل» (ص ٤٢٦)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٤٧١).

(١) «الأم» (٥ / ٢٧٨)، «مختصر المزني» (٢٠٣)، «حلية العلماء» (٧ / ١٧٨)، «روضة الطالبين» (٨ / ٢٧٥، ٢٧٦).

واختار ابن الماجشون أنه لا تتكر الكفارة مطلقاً بتكرر اللفظ.

انظر: «البيان والتحصيل» (٥ / ٢٠١).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٨ / ١٧ ـ ط دار الفكر)، «الإنصاف» (٩ / ٢٠٦)، «المقنع» (ص ٢٥١)، «المبدع» (٨ / ٤٥) ـ وفيه: «سواء كان في مجلس أو مجالس، ينوي به الاستئناف أو التأكيد أو يطلق، نقله عن أحمد جمع» ـ، «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢ / ١٨٣)، «الكافي» (٣ / ٢٦١).

وهو الراجح إن شاء الله.

انظر: «التداخل بين الأحكام» (٢ / ٧٩٠ ـ ٧٩٦).

(٢) «المدونة» (٢ / ٣٠٦ ـ ٣٠٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٠)، «فصول الأحكام» (٢٣٤)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٧)، «المعونة» (٢ / ٨٩١)، «التفريع» (٢ / ٩٥)، «الكافي» (٢٨٤)، «الرسالة» (٢٠٤).

تجب بنفس التلفظ بالظهار من غير اعتبار معنى زائد[١]؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]، فأوجب الكفارة في الظهار بشرط حصول العود، ولأن الظهار يمين والكفارة تجب باليمين إذا حصلت فيها المخالفة وهو الحنث؛ فكذلك يجب أن يكون في الظهار ولا يكون مخالفاً إلا بالعود، ولأنه لفظ يقصد به تحريم وطئها؛ فلم تجب الكفارة بمجرده؛ كالإيلاء[٢].

مسألة ١٣١٣

اختلف الناس في العود[٣]: ما هو؟ على عدة مذاهب:

فالظاهر من مذهبنا أنه العزم على الوطء.

وقال في «الموطأ»: العزم على الوطء والإمساك، واختلف أصحابنا في الوطء: هل يخرج على قوله أنه عود أم لا؟ على طريقين:

إحداهما: أنه عود على بعض الروايات.

والأخرى: أنه ليس بعود رواية واحدة.

والظاهر الذي عليه تناظر أنه العزم على

---

(١) نقله عنه وعن الثوري القفال في «حلية العلماء» (٧ / ١٧٣)، ونقل القرطبي في «التفسير» (١٧ / ٢٧٧) لازمه عن مجاهد وغيره، فقال: «فإن وطئها قبل أن يكفّر... قال مجاهد وغيره: عليه كفارتان. وروى سعيد عن قتادة ومطرّف عن رجاء بن حيوة عن قَبيصة بن ذؤيب عن عمرو بن العاص في المظاهر: إذا وطىء قبل أن يكفّر عليه كفارتان. ومعمر عن قتادة قال: قال قبيصة بن ذؤيب: عليه كفارتان». وانظره: (١٧ / ٢٨٣).

ونقل الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٥ / رقم ١٠٢٠) عن الثوري قوله: «إذا ظاهر منها لم تحل له إلا بعد الكفارة، فإن طلقها ثم تزّوجها لم يطأها حتى يكفّر».

ونقله عن عثمان البتي أيضاً.

وانظر له: «أحكام القرآن» (٣ / ٤١٨).

وأسنده سعيد بن منصور في «سننه» (رقم ١٨٣٠) عن سعيد بن جبير.

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو مذهب جماهير أهل العلم، والله أعلم.

(٣) أي: المذكور في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا...﴾ [المجادلة: ٣].

الوطء[١]، وهو المحكي عن أهل العراق، ومنهم من يقول: العود هو أن لا يستبيح وطئها إلا بكفارة[٢]. وعند الشافعي: أن العود هو أن يمسكها زوجة بعد الظهار مع القدرة على الطلاق[٣]. وقال داود: العود هو تكرار لفظة الظهار[٤].

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٥٦٠ ـ ٥٦١)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٠)، «أحكام القرآن» (٤ / ١٧٥٢ ـ ١٧٥٣) لابن العربي، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٠)، «المعونة» (٢ / ٨٩١)، «التفريع» (٢ / ٩٥)، «الكافي» (٢٨٣، ٢٨٥)، «أسهل المدارك»(٢ / ١٧١)، «مواهب الجليل» (٤ / ١٢٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٩).

(٢) «مختصر الطحاوي» (ص ٢١٣)، «أحكام القرآن» (٣ / ٤١٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٨٥ / رقم ١٠٢٠)، كلاهما للجصاص، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٣٢٠)، «الاختيار» (٣ / ١٦٢)، «اللباب» (٣ / ٦٨)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٣)، «فتح القدير» (٤ / ٢٤٩)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٤٦٩).

(٣) «الأم» (٥ / ٢٧٩)، «مختصر المزني» (ص ٢٠٤)، «الإقناع» (١٥٦)، «حلية العلماء» (٧ / ١٧٣)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٥٧)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٥٠ / رقم ٢٣٣)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٣٠٢)، «روضة الطالبين» (٨ / ٢٦٨ ـ ٢٦٩)، «المجموع» (١٩ / ٨٠).

(٤) «فقه داود» (٦٥٦)، «حلية العلماء» (٧ / ١٧٤)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٠ ـ ٢٨١) وفيه: «ويسند ذلك إلى بكير بن الأشج وأبي العالية وأبي حنيفة أيضاً، وهو قول الفراء. وقال أبو العالية: وظاهر الآية يشهد له؛ لأنه قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣]؛ أي: إلى قول ما قالوا. وروى علي بن أبي طلحة عن ابن عباس في قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣]، هو أن يقول لها: أنتِ عليَّ كظهر أمي، فإذا قال لها ذلك؛ فليست تحل له حتى يكفّر
كفارة الظهار». ونقله ابن العربي في «أحكام القرآن» (٤ / ١٧٥٣)، وقال: «فأما القول بأنه العود إلى لفظ الظهار فهو باطل قطعاً، لا يصح عن بكير، وإنما يشبه أن يكون من جهالة داود وأشياعه، وقد رويت قصص المتظاهرين وليس في ذكر الكفارة عليهم ذكر لعود القول منهم، وأيضاً؛ فإن المعنى ينقضه لأن الله تعالى وصفه بأن منكر من القول وزور، فكيف يقال له: إذا أعدت القول المحرم والسبب المحذور وجبت عليك الكفارة؟! وهذا لا يعقل؛ ألا ترى أنّ كل سبب يوجب الكفارة لا يشترط فيه الإعادة من قتل ووطء في صوم أو غيره؟».
وأشار إلى هذا البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب الظهار، ٩ / ٤٣٢ ـ مع «الفتح»)، فقال: «وفي العربية ﴿لما قالوا﴾؛ أي: فيما قالوا، وفي نقض ما قالوا، وهذا أولى؛ لأن الله لم =

ودليلنا على أن العود هو العزم، ويدخل فيه الكلام على الشافعي، وهو أنه إذا ثبت بما نذكره أن معنى العود المراد بالظهار ليس براجع إلى الموافقة على ما يقوله داود، وإنما يرجع إلى المخالفة وجب أن يكون متى عزم على الوطء؛ فقد حصلت به المخالفة، لأن موجب الظهار ومقصوده تحريم الوطء لا رفع العقد، فمتى قام على ذلك؛ فليس بعائد، فإذا عزم على الوطء؛ فقد خالف مقتضى الظهار الذي هو التحريم للوطء، ولأن قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟﴾ [المجادلة: ٣] يقتضي أن يكون العود متراخياً على الظهار، وأن يكون ذلك من شرط كونه عوداً أو من صفات جوازه؛ لأن موضوع ثم التراخي، وفي القول بأنه الإمساك عقيب الظهار إيجاب إيصاله به، وذلك خلاف الظاهر؛ لأن في رجوع العود إلى الإمساك ضرباً من التناقض لأن نفس الظهار يفيد الإمساك، بدليل أن القصد إلى الظهار لا يصح إلا مع البقاء على النكاح، وما كان حاصلاً عليه لم ينتقل عنه؛ فلا يصح وصفه بحصول عود عليه؛ لأن العود إلى الشيء يتضمن أنه قبل العود على خلافه، وإنما يصح ذلك على ما نقوله من أنه العزم على الوطء، ولأن العود لما كان هو الإمساك لم يجز أن ينتفي بالطلاق الرجعي لأنه لا ينافي العود إلا الإمساك، وما لا ينافي الشيء لا يسقط به، ولأن قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟﴾ [المجادلة: ٣] يقتضي إحداث فعل من جهته ومرور الزمان من غير أن يطلق لا يوجد فيه المعنى، ولأن مجرد عقد الظهار إذا كان لا يوجب الكفارة إلا بمعنى طارىء عليه من جهته وجب أن يكون إحداث فعل منه من مخالفته وهتك حرمته حادثة، فكل ذلك معدوم في ترك إيقاع الطلاق، فلم يجب تعلق الكفارة به، ولأن الطلاق الرجعي لا ينافي البقاء على الملك فلم يسقط حكم الظهار كالإيلاء.

وأما أصحاب أبي حنيفة؛ فالخلاف معهم في الكفارة: هل يستقر وجوبها في

= يدُل على المنكر وقول الزور».

وقال القرطبي عقبه: «قوله: «يشبه أن يكون من جهالة داود وأشياعه» حمل منه عليه، وقد قال بقول داود من ذكرناه عنهم».

وانظر: «فتح الباري» (٩/ ٤٣٥).

الذمة[١]؟

ودليلنا على وجوبها بحصول العود قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]، ومفهوم هٰذه الصيغة هو أن العود إذا حصل وجبت الكفارة، ولأنه تكفير بعتق؛ فجاز أن يستقر وجوبه في الذمة، كالعتق في كفارة القتل.

ودليلنا على داود حديث أوس بن الصامت[٢] وسلمة بن صخر[٣] وفيه إيجاب الكفارة من غير سؤال عن إعادة اللفظ، ولأنه معنى يتعلق به وجوب الكفارة؛ فلم يعتبر فيه إعادة اللفظ؛ كاليمين، ولأنها كفارة تتعلق بفعل من جهته فلم يعتبر تكراره كالقتل، ولأنها كفارة تجب بلفظ وشرط فوجب أن يكون ذٰلك الشرط هو مخالفة اللفظ دون إعادته، أصله كفارة الإيلاء[٤].

---

(١) انظر المراجع السابقة.

(٢) أخرج سعيد بن منصور في «السنن» (٢ / ١٥ / رقم ١٨٢٤)، وابن قانع في «معجم الصحابة» (رقم ٤٧)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (١ / ٣٠٢ / رقم ٩٧٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧ / ٣٨٩ ـ ٣٩٠)؛ من طريقين عن محمد بن أبي حرملة، عن عطاء بن يسار: أن أوس بن الصامت ظاهر من امرأته خولة بنت ثعلبة، فأنزل الله عز وجل: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ [المجادلة: ١]، فأمره أن يعتق رقبة، أو صوم شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً.
وإسناده منقطع.
عطاء لم يدرك أوساً، وهو من أهل بدر، قديم الموت والحديث مرسل. قاله أبو داود في «سننه» (٢ / ٦٦٥).
وللحديث شواهد، يصل بها إلى درجة الحسن، منها:
حديث خولة بنت مالك.
أخرجه أبو داود (٢٢١٤، ٢٢١٥)، والبيهقي (٧ / ٣٨٩، ٣٩١ ـ ٣٩٢) في «سننهما»، وأحمد في «المسند» (٦ / ٤١٠، ٤١١)، وابن حبان في «الصحيح» (٤٢٧٩ ـ «الإحسان»)، والطبراني في «الكبير» (رقم ٦١٦)، وابن الجارود في «المنتقى» (رقم ٧٤٦)؛ بسندٍ لا بأس في الشواهد، وحسنه ابن حجر في «الفتح» (٩ / ٤٣٣).

(٣) مضى لفظه وتخريجه في التعليق على ملة (١٣٠٥).
وإسناده منقطع.

(٤) أما القول بأنه العود إلى لفظ الظهار؛ فهو باطل قطعاً لما قدمناه آنفاً.

=

مسألة ١٣١٤

الظهار يُحَرِّم جميعَ أنواع الاستمتاع من الوطء فما دونه(١)، خلافاً للشافعي في أحد قوليـه: إنه لا يحرم به ما دون الوطء(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا بِهِۦ

= وأما قول الشافعي: بأنه ترك الطلاق مع القدرة عليه؛ فينقصه ثلاثة أمور أمهات:

الأول: أنه قال: ﴿ثم﴾، وهذا بظاهره يقتضي التراخي.

الثاني: أن قوله تعالى: ﴿ثم يعودون﴾ يقتضي وجود فعل من جهة ومرور الزمان ليس بفعل منه.

الثالث: أن الطلاق الرجعي لاينافي البقاء على الملك فلم يسقط حكم الظهار كالإيلاء.

فإن قيل: فإذا رآها كالأم لم يمسكها إذ لا يصح إمساك الأم بالنكاح، وهذا عمدة أهل ما وراءالنهر.

قلنا: إذا عزم على خلاف ما قال ورآها خلاف الأم كفر وعاد إلى أهله، وتحقيق هذا القول: أن العزم قولٌ نفسيٌّ، وهذا رجل قال قولا اقتضى التحليل وهو النكاح، وقال قولاً اقتضى التحريم وهو الظهار، ثم عاد لما قال وهو التحليل، ولا يصح أن يكون منه ابتداء عقد؛ لأن العقد باقٍ فلم يبق إلا أنه قول عزم يخالف ما اعتقده وقاله في نفسه من الظهار الذي أخبر عنه بقوله: أنت علي كظهر أمي، وإذا كان ذلك كفر وعاد إلى أهله؛ لقوله: ﴿من قبل أن يتماسا﴾، وهذا تفسير بالغ في فنه. قاله ابن العربي وعنه القرطبي.

(١) «المدونة» (٢ / ٣٠٤)، «التفريع» (٢ / ٩٥ ـ ٩٦)، «الكافي» (٢٨٣)، «المعونة» (٢ / ٨٩٢)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٧٧، ٢٨٣)، «شرح الزرقاني» (٤ / ١٨١)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٢٩).

وبنحوه مذهب الحنفية.

انظر: «المبسوط» (٦ / ٢٣٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٠ / رقم ١٠٢٨)، «عمدة القاري» (١٠ / ٤١)، «البناية» (٤ / ٦٩٢).

(٢) «مختصر المزني» (٢٠٣ ـ ٢٠٤)، «المهذب» (٢ / ١١٤)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٥٧)، «الإشراف» (رقم ٢٧٠٥) لابن المنذر، «تكملة المجموع» (١٧ / ٣٦٦).

وهٰذا رواية عن أحمد، قال: أرجو أن لا يكون به بأس، وإليه ذهب سفيان الثوري وأبو ثور.

انظر: «عمدة القاري» (١٠ / ٤١)، «المغني» (٧ / ٣٤٨)، «فقه الإمام أبي ثور» (ص ٥٢٩)، «تقرير القواعد» (٣ / ٣١ ـ بتحقيقي) ـ وفيه: «الظهار يحرم الوطء في الفرج، وفي الاستمتاع بمقدماته روايتان، أشهرهما التحريم» ـ.

وقال الأوزاعي: يحل له منها فوق الإزار؛ كالحائض، أفاده الجصاص.

وقال القرطبي في «تفسيره» (١٧ / ٢٨٣): «فأما غير الوطء من القبلة والمباشرة والتلذذ؛ فلا يحرم=

وَاللَّهُ﴾ [المجادلة: ٣]، ولم يفرق، وحديث ابن عباس: أن رجلاً ظاهر من امرأته ثم وطئها قبل أن يكفِّر فقال ﷺ: «اعتزلها حتى تقضي ما عليك»[1]، ولأن كل لفظ حرم به جملتها لم يقف ذلك على الفرج دون غيره كالطلاق، ولأنه لفظ وقع به تحريم في الزوجة؛ فوجب أن يعم الوطء وغيره؛ كالطلاق، ولأنه نوع من التلذذ بالاستمتاع؛ فوجب أن يحرم بالظهار؛ كالوطء في الفرج لأن الوطء إنما حرم لتشبيه المرأة المحللة بالمحرمة، وهذا التشبيه لا يخص تحريم الوطء دون غيره من الاستمتاع.

مسألة ١٣١٥

إذا وطىء المظاهر قبل التكفير لم تسقط عنه الكفارة[2]، خلافاً

= في قول أكثر العلماء، وقاله الحسن وسفيان، وهو الصحيح من مذهب الشافعي».
وذهب أبو ثور إلى إباحة الجماع قبل التكفير إذا كانت الكفارة طعاماً.
انظر: «فقه الإمام أبي ثور» (٥٣٠)، ونسبه الجوهري في «نوادر الفقهاء» (ص ١٠٩) للثوري وابن صالح. وانظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٨ / رقم ١٠٤١).

(١) أخرجه سعيد بن منصور (رقم ١٨٢٥، ١٨٢٦)، وعبدالرزاق في «المصنف» (٦ / ٤٣٠، ٤٣١ / رقم ١١٥٢٥، ١١٥٢٦)، والنسائي (٦ / ١٦٧)، وأبو داود (٢٢٢١، ٢٢٢٢، ٢٢٢٤)، والبيهقي (٧ / ٣٨٦)؛ في «سننهم» عن عكرمة مرسلاً بهذا اللفظ.
ووصله أبو داود (٢٢٢٣، ٢٢٢٥) والترمذي (١١٩٩) والنسائي (٦ / ١٦٧)، وابن ماجه (٢٠٦٥) والبيهقي (٧ / ٣٨٦) في «سننهم»، وابن الجارود في «المنتقى» (رقم ٧٤٧)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٢٠٤)؛ عن عكرمة، عن ابن عباس، وفي آخره: «فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به»، وفي رواية: «فأمره أن لا يقربها حتى يكفِّر».
وأرسله سفيان بن عيينة ومعتمر بن سليمان ومعمر وابن جريج عن الحكم بن أبان عن عكرمة، ورجح النسائي وأبو حاتم في «العلل» الإرسال، ووصله معمر ـ في رواية ـ وإسماعيل ابن عُلية، وهما ثقتان، وحفص بن عمر العدني فيه ضعف، قال ابن حزم: «رواته ثقات، ولا يضره إرسال من أرسله».
انظر: «التلخيص الحبير» (٣ / ٢٤٩)، «نصب الراية» (٣ / ٢٤٦)، «فتح الباري» (٩ / ٤٣٣)، «نيل الأوطار» (٧ / ٥٤).

(٢) «المدونة» (٢ / ٣٠٤ ـ ٣٠٥)، «التفريع» (٢ / ٩٥ ـ ٩٦)، «الرسالة» (٢٠٤)، «المعونة» (٢ / ٨٩٦)، «الكافي» (٢٨٤ ـ ٢٨٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣١١)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٧١)، «مواهب الجليل» (٤ / ١٢٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٠٩)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٣).

لقوم[١]؛ لحديث ابن عباس في الذي ظاهر من امرأته ثم وطئها قبل أن يكفر، فقال ﷺ: «لا تقربها حتى تكفِّر»[٢]، ولأنه واقع الفعل المنهي عنه بالسبب المؤدي إلى الكفارة فلم ينتف وجوبها، أصله الحنث في اليمين.

(فصل): ولا يلزمه كفارة أخرى[٣]، خلافاً لما يحكى عن مجاهد[٤]؛ لأنه وطء بعد استقرار وجوب الكفارة، فلم يجب به كفارة ثانية كالوطء الثاني والثالث، ولأن كل معنى تعلقت الكفارة فيه بوطء، فإذا تلاه وطء آخر بعد وجوب الكفارة بالوطء الأول لم تجب به كفارة أخرى، أصله الفطر في رمضان[٥].

مسألة ١٣١٦

إذا وطئ المظاهر في خلال صوم الشهرين استأنف على أي وجه كان سهواً أو

---

(١) قال في «حلية العلماء» (٧/ ١٧٦): «وحكي عن بعض الناس، قيل: عن الزهري وسعيد بن جبير أنه قال: تسقط الكفارة بفوات وقتها». وانظر: «المغني» (٧/ ٣٨٣).

(٢) مضى تخريجه في المسألة السابقة.

(٣) «المعونة» (٢/ ٨٩٥).
انظر مراجع المالكية السابقة.

(٤) «حلية العلماء» (٧/ ١٧٦)، «تفسير القرطبي» (١٧/ ٢٨٣).
وانظر ما علقناه على مسألة (١٢٨٦) إذ نقلناه عن مجاهد وغيره.

(٥) ما قرره المصنف هو الراجح، وهو قول جماهير أهل العلم.
انظر: «الهداية» (٤/ ٢٤٩)، «الاختيار» (٣/ ١٦٢)، «فتح القدير» (٤/ ٢٤٩)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٣)، «اللباب» (٣/ ٦٨)، «الحاوي الكبير» (١٠/ ٤٥١ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مغني المحتاج» (٣/ ٣٥٧)، «روضة الطالبين» (٨/ ٢٦٨ ـ ٢٦٩)، «المجموع» (١٩/ ٨٠)، «المغني» (١١/ ٧١ ـ ٧٣)، «الإنصاف» (٩/ ٢٠٣)، «كشاف القناع» (٥/ ٣٧٤)، «مغني ذوي الأفهام» (١٩١)، «منتهى الإرادات» (٣/ ١٦٨ ـ ١٦٩).
وأخرج ابن ماجه في «السنن» (رقم ٢٠٦٤) بإسنادٍ ضعيف من حديث سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر عن النبي ﷺ في المُظاهر يُواقع قبل أن يُكفِّر، قال: «كَفَّارة واحدة».
ومضى تخريج حديث سلمة بن صخر ـ بغير هٰذا اللفظ المختصر ـ مطولاً في التعليق على مسألة (رقم ١٢٧٩).

عمداً ليلاً أو نهاراً[(١)]، وقال أبو حنيفة: ينقطع التتابع بالوطء نهاراً ولا ينقطع في الليل إلا بالعمد[(٢)]، وقال الشافعي: الوطء ليلاً لا يؤثر أصلاً سهواً ولا عمداً[(٣)].

فدليلنا عليه قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٤] شرط أن يأتي بهما قبل المسيس، وهٰذا الشرط يعود إلى جملتهما وأبعاضهما ويمنع أن يقع المسيس فيهما أو قبلهما، ولأنه وطء في مدة الشهرين للتظاهر فيهما؛ فوجب أن يفسد التتابع، كالوطء نهاراً، ولأنه زمان حرم عليه الوطء فيه لأجل الصوم كالنهار.

وأما أبو حنيفة؛ فالخلاف معه في الوطء سهواً بالليل.

فدليلنا أنه وطىء في خلال الشهرين كالوطء نهاراً ولأن كل زمان لو وطىء فيه عامداً لقطع التتابع؛ فكذٰلك إذا وطىء فيه سهواً؛ كالنهار واعتباراً بالعمد[(٤)].

---

(١) «المدونة» (٢ / ٣٠٨ ـ ٣٠٩)، «التفريع» (٢ / ٩٦)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٢٨٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٣)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٣ ـ ٢٨٤)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٦).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٢١٤)، «المبسوط» (٦ / ٢٢٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٩ / رقم ١٠٤٣) ـ وفيه: «وهو قول محمد وابن أبي ليلى والثوري، وهو قول إبراهيم النخعي والحسن ابن حي والليث» ـ.

(٣) «مختصر المزني» (٢٠٦)، «الإقناع» (١٥٧)، «المهذب» (٢ / ١١٧)، «الحاوي الكبير» (١٣ / ٣٦٤).

وعزاه الجصاص لأبي يوسف، قال: «وهو قول الحسن البصري».

وإليه ذهب أبو ثور وأحمد في رواية.

انظر: «المغني» (٧ / ٣٦٧)، «فقه الإمام أبي ثور» (٥٣٣ ـ ٥٣٤).

(٤) ظاهر قوله تعالى: ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ أنه شرط عائد إلى جملة الشهرين وإلى أبعاضهما، فإذا وطىء قبل انقضائهما فليس هو الصيام المأمور به، فلزمه استئنافه، كما لو قال: صلّ قبل أن تكلّم زيداً، فكلّم زيداً في الصلاة، أو قال: صلّ قبل أن تبصر زيداً، فأبصره في الصلاة لزمه استئنافها؛ لأن هٰذه الصلاة ليست هي الصلاة المأمور بها، كذٰلك هٰذا، والله أعلم. أفاده القرطبي.

مسألة ١٣١٧

إذا كان في ملكه رقبة إلا أنه كان محتاجاً إليها لخدمة أو لأنه لا يملك غيرها لزمه إعتاقها، ولم يجزه الصيام(١). وقال الشافعي: يجزيه الصوم(٢).

فدليلنا قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاْ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ * فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٣ ـ ٤]، وهٰذا واجد، ولأنه واجد لرقبة يجوز إعتاقها في الظهار؛ فلم يجز له العدول إلى الصوم، أصله إذا كان مستغنياً عنها.

مسألة ١٣١٨

إذا لم يكن في ملكه رقبة وكان معه ثمنها لزمه شراؤها ولم يجز له الصوم كان محتاجاً إليه أو غير محتاج(٣)، وقال أبو حنيفة(٤) والشافعي(٥): إن كان محتاجاً إلى الثمن لم يلزمه وجاز له الصوم، وإن كان مستغنياً عنه لزمه.

فدليلنا أنه واجد لثمن رقبة فأشبه المستغني عنه، ولأن القدرة على الثمن تقوم مقام القدرة على المثمن كالقدرة على شراء الماء بثمن مثله.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص ٣١٢)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٣، ٢٨٥) ـ وفيه: «قال مالك: إذا كان له دار وخادم لزمه العتق» ـ، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٥).

ووجوب العتق مذهب الحنفية والثوري.

انظر: «مختصر الطحاوي» (ص ٢١٣)، «المبسوط» (٧ / ١٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٣ / رقم ١٠٣٤)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٥١٣)، «رؤوس المسائل» (ص ٤٣٠).

(٢) «مختصر المزني» (٢٠٥)، «حلية العلماء» (٧ / ١٨٠ ـ ١٨١)، «المهذب» (٢ / ١١٦)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٣١٠).

(٣) «المدونة» (٣ / ٧٥ ـ ط دار صادر)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٣).

(٤) «مختصر الطحاوي» (٢١٣)، «المبسوط» (٧ / ١٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٣ / رقم ١٠٣٤).

(٥) «مختصر المزني» (٢٠٥)، «حلية العلماء» (٧ / ١٨٢)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٣١١).

مسألة ١٣١٩

الإطعام في كفارة الظهار مقدَّر بمد هشام، وهو مدان بمد النبي ﷺ، وقيل: أقل من مدين بيسير(١)، وقال الشافعي: تقديره مد بمد النبي ﷺ(٢).

فدليلنا قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤]، والإطلاق يقتضي الشبع، ولأنها فدية ينتقل فيها من صيام إلى طعام أبهمته في الظهار؛ فوجب أن يلزم فيها زيادة على مد، أصله فدية الأذى(٣).

---

(١) «المدونة» (٢ / ٣٠٩ ـ ٣١٠)، «التفريع» (٢ / ٩٦)، «المعونة» (٢ / ٨٩٥)، «الرسالة» (٢٠٤)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٥ ـ ٢٨٦)، «الكافي» (٢٨٥)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٧١ ـ ١٧٢)، «الكافي» (٢٨٥)، «مواهب الجليل» (٤ / ١٣٠ ـ ١٣١)، «بداية المجتهد» (٢ / ١١٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٤) ـ وفيه: «لكل مسكين مد بمدِّ هشام، ومدُّ هشام: مد وثلثان على المشهور فيهما، وقيل: مد وثلث، وقيل: مدان، وقيل: بمد اليمين» ـ، «الفواكه الدواني» (٢ / ٥٢).

(٢) «الأم» (٥ / ٢٨٤)، «مختصر المزني» (٢٠٦ ـ ٢٠٧)، «الحاوي الكبير» (١٣ / ٤٣٩)، «المهذب» (٢ / ١١٨)، «الروضة» (٨ / ٣٠٤ ـ ٣٠٥)، «المجموع» (١٩ / ٩٠ ـ ٩٢)، «حلية العلماء» (٧ / ١٩٦ ـ ١٩٧)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٦٦)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٥٧ / رقم ٢٣٦)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٣١٣).

ومذهب الحنفية: نصف صاع من بُر، أو صاع من تمر أو شعير.

انظر: «مختصر الطحاوي» (ص ٢١٤)، «المبسوط» (٧ / ١٦)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٣٢٣)، «اللباب» (٣ / ٧٣)، «الاختيار» (٣ / ١٦٥ ـ ١٦٦)، «فتح القدير» (٤ / ٢٦٨)، «تبيين الحقائق» (٣ / ١١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٧ / رقم ١٠٤٠).

والإطعام في الكفارة عند الحنابلة لكل مسكين مد من بر أو نصف صاع من شعير أو تمر.

انظر: «المغني» (١١ / ٩٤)، «الإنصاف» (٩ / ٢٣٣)، «منتهى الإرادات» (٣ / ١٧٦)، «كشاف القناع» (٥ / ٣٨٧).

(٣) الصحيح أن الإطعام في الكفارة غير مقدَّر بالشرع، بل المرجع فيه إلى العرف. قاله شيخ الإسلام ابن تيمية فيما نقله عنه تلميذه محمد بن عبدالهادي في «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٢٩).

ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ وإطلاق الإطعام يتناول الشّبع، وذلك لا يحصل بالعادة بمد واحد إلا بزيادة عليه، وكذلك قال أشهب: قلت لمالك: أيختلف الشّبع عندنا وعندكم؟ قال: نعم! الشبع عندنا مد بمد النبي ﷺ والشبع عندكم أكثر؛ لأن النبي ﷺ دعا لنا بالبركة دونكم، فأنتم=

مسألة ١٣٢٠

الاعتبار فيما يجزىء إخراجه في كفارة الظهار بحال الأداء دون الوجوب، مثل أن يظاهر ويعود وهو موسر، فلا يعتق حتى يعسر فيجزىء عنه الصوم(١)، وللشافعي ثلاثة أقوال(٢) فيما أخرجه أصحابه: مثل قولنا.

= تأكلون أكثر مما نأكل نحن.

وقال أبو الحسن القابسي: إنما أخذ أهل المدينة بمد هشام في كفارة الظهار تغليظاً على المتظاهرين الذين شهد الله عليهم أنهم يقولون منكراً من القول وزوراً. قال ابن العربي: وقع الكلام ها هنا في مد هشام كما ترون، ووددت أن يهشم الزمان ذكره، ويمحو من الكتب رسمه، فإن المدينة التي نزل الوحي بها واستقر الرسول بها ووقع عندهم الظهار، وقيل لهم فيه: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ فهموه وعرفوا المراد به وأنه الشبع، وقدره معروف عندهم متقرر لديهم، وقد ورد ذلك الشبع في الأخبار كثيراً، واستمرت الحال على ذلك أيام الخلفاء الراشدين المهديين حتى نفخ الشيطان في أذن هشام، فرأى أن مد النبي ﷺ لا يشبعه، ولا مثله من حواشيه ونظرائه، فسوّل له أن يتخذ مداً يكون فيه شبعه، فجعله رطلين وحمل الناس عليه، فإذا ابتلّ عاد نحو الثلاثة الأرطال، فغير السنة وأذهب محل البركة. قال النبي ﷺ حين دعا ربه لأهل المدينة بأن تبقى لهم البركة في مدهم وصاعهم مثل ما بارك لإبراهيم بمكة؛ فكانت البركة تجري بدعوة النبي ﷺ في مده، فسعى الشيطان في تغيير هذه السنة وإذهاب هذه البركة، فلم يستجب له في ذلك إلا هشام، فكان من حق العلماء أن يلغوا ذكره ويمحوا رسمه إذا لم يغيروا أمره، وأما أن يحيلوا على ذكره في الأحكام ويجعلوه تفسيراً لما ذكر الله ورسوله بعد أن كان مفسراً عند الصحابة الذين نزل عليهم؛ فخطب جسيم، ولذلك كانت رواية أشهب في ذكر مدين بمد النبي ﷺ في كفارة الظهار أحب إلينا من الرواية بأنها بمد هشام، ألا ترى كيف نبه مالك على هذا العلم بقوله لأشهب: الشبع عندنا بمد النبي ﷺ، والشبع عندكم أكثر لأن النبي ﷺ دعا لنا بالبركة؟!

وبهذا أقول؛ فإن العبادة إذا أديت بالسنة، فإن كانت بالبدن كانت أسرع إلى القبول، وإن كانت بالمال كان قليلها أثقل في الميزان وأبرك في يد الآخذ، وأطيب في شدقه، وأقل آفة في بطنه، وأكثر إقامة لصلبه، والله أعلم. أفاده القرطبي (١٧ / ٢٨٦ ـ ٢٨٧).

(١) «جامع الأمهات» (ص ٣١٢، ٣١٣ ـ ٣١٤)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٤ ـ ٢٨٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٥).

وهذا مذهب الحنفية.

انظر: «المبسوط» (٨ / ١٤٥)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٨٩٩)، «رؤوس المسائل» (ص ٤٣١).

(٢) قال الماوردي في «الحاوي الكبير» (١٣ / ٤٣١): «فإن قيل: الاعتبار بوقت الوجوب أو بأغلظ =

والثاني: أن الاعتبار بحال الوجوب.

والثالث: بأغلظ الأحوال.

فدليلنا قوله ﷺ لأوس: «اعتق رقبة»[١]، ولم يستفصل.

ولأن ما قالوه يؤدِّي إلى سقوط الكفارة؛ لأنَّ الإعسار قد يمتد إلى آخر عمره فيموت والفرض باقٍ عليه، وكذٰلك فيمن كان فرضه الصوم فلم يصم حتى هرم، ولأنه لو حنث وعاد وهو عبد لكان فرضه الصوم ولم يجز له الإعتاق، فلو لم يصم حتى عتق هو وقدر على الإعتاق للزمه الإعتاق، ولم يجز له التكفير بالصوم؛ فعلم أن الاعتبار بوقت الأداء، ولأنه معنى له بدل من غير جنسه؛ فوجب أن يكون الاعتبار بحال فعله وأدائه، أصله الظهار.

مسألة ١٣٢١

إذا دخل في الصوم لعدم الرقبة ثم وجدها مضى على صومه ولم يلزمه الإعتاق[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣]؛ لقوله تعالى: ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ ﴾ [المجادلة: ٤]، فلم يفرق بين أن يجدها بعد ذلك أم لا، ولأنه تلبس بالصوم لزمه عند عدم مبدله، فإذا قدر على المبدل لم يلزمه العود إليه؛ كالمتمتع إذا قدر على

= الأحوال؛ ففرضه العتق. وإن قيل: الاعتبار بوقت الأداء ففرضه الصوم، وإن أعتق أجزأه؛ لأن العتق أغلظ من التكفير بالصوم».

وذكر الأقوال الثلاثة القفال في «حلية العلماء» (٧/ ١٨٢ ـ ١٨٣).

وانظر: «الأم» (٧/ ٦٦)، «المهذب» (٢/ ١١٦)

(١) مضى تخريجه مسألة(رقم ١٢٨٧).

(٢) «المدونة» (٢/ ٣٣٥ ـ ط دار الكتب العلمية)، «جواهر الإكليل» (١/ ٣٧٧)، «شرح الزرقاني» (٤/ ١٨٠)، «مواهب الجليل» (٤/ ١٢٧)، «تفسير القرطبي» (١٧/ ٢٨٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٣٥).

(٣) «مختصر الطحاوي» (٢١٣)، «اللباب» (٣/ ٧٢)، «المبسوط» (٨/ ١٤٥)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨٩٩).

الهدي وهو في صوم السبعة[١].

مسألة ١٣٢٢

إذا وطىء في خلال الإطعام استأنف[٢]، وقال الشافعي: يبني في السهو ولا يبني في العمد[٣]، وقال أبو حنيفة: يبني في الموضعين[٤].

ودليلنا أنه وطء في أثناء كفارة الظهار كالوطء في أثناء الصوم.

مسألة ١٣٢٣

لا يجزىء فيها إعتاق الكافرة[٥]، خلافاً لأبي حنيفة[٦]؛ لأنه تكفير بعتق فلم

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو مذهب جماهير أهل العلم.
انظر: «تقرير القواعد» (١ / ١٢٥ و٣ / ٢٤ ـ بتحقيقي) لابن رجب.

(٢) «المدونة» (٢ / ٣٠٨ ـ ٣٠٩)، «التفريع» (٢ / ٩٦)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٢٨٥)، «المعونة» (٢ / ٨٩٦)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٤).

(٣) «مختصر المزني» (٢٠٦)، «الإقناع» (١٥٧)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٠١ ـ ٢٠٢).

(٤) «مختصر المزني» (٢١٤)، «المبسوط» (٦ / ٢٢٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٩ / رقم ١٠٤٣)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٣١٣).

(٥) «المدونة» (٣ / ٧٥ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢ / ٨٩٣)، «التفريع» (٢ / ٩٦)، «جامع الأمهات» (ص ٣١١)، «مواهب الجليل» (٤ / ١٢٥ ـ ١٢٦)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣١).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٥ / ٢٨٠ و٧ / ٦٥)، «مختصر المزني» (ص ٢٩٢)، «المهذب» (٢ / ١١٦)، «الحاوي الكبير» (١٠ / ٤٥٦ ـ ط دار الكتب العلمية)، «المنهاج» (ص ١١٣)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٥٢ / رقم ٢٣٤).

(٦) «مختصر الطحاوي» (٢١٣)، «القدوري» (٧٨)، «الهداية» (٤ / ٢٥٨)، «اللباب» (٣ / ٧٠ ـ ٧١)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٥٠٨)، «البدائع» (٦ / ٢٩٠٣)، «المبسوط» (٧ / ٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٣ / رقم ١٠٣٣)، «الاختيار» (٣ / ١٦٣)، «فتح القدير» (٤ / ٢٥٨)، «رؤوس المسائل» (٤٢٧).
وهٰذا مذهب الحنابلة.

يجز فيه غير المسلمة، أصله كفارة القتل، ولأن كل نقص في رقبة منع إعتاقها في كفارة القتل منع إعتاقها في كفارة الظهار، أصله قطع الأعضاء، ولأنها رقبة ناقصة بالكفر كالمرتدة والحربية، ولأن كل نقص دين منع الإعتاق في كفارة القتل منعه في الظهار؛ كالارتداد.

مسألة ١٣٢٤

يجزىء فيها الصغير(١)، خلافاً لمن منعه(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]، فأطلق، ولأنها رقبة مؤمنة سليمة تامة الملك كالبالغ(٣).

مسألة ١٣٢٥

ولا يجزىء فيها المكاتب(٤)، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه يجزىء إذا لم يكن قد أدى شيئاً من نجومه(٥)؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء:

= انظر: «المغني» (٧ / ٣٥٩)، «الإنصاف» (٩ / ٢٠٨)، «منتهى الإرادات» (٣ / ١٧٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٢٥)، «كشاف القناع» (٥ / ٣٧٥).
وهٰذا اختيار أبي ثور، أفاده ابن قدامة.

(١) قال في «جامع الأمهات» (ص ٣١١): «فيجزئه عتق من يجزىء في الصيام والأيمان، وهي رقبة مؤمنة غير ملفَّقة محرَّرة سليمة خالية عن شوائب العتق والعوض، فلو أعتق جنيناً عتق ولم يُجْزِهِ». ثم قال (ص ٣١٢): «ويجزىء عتق الرضيع والأعجمي بخلاف الجنين». وانظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٣).

(٢) قال الشاشي في «الحلية» (٧ / ١٨٣): «وحكي عن بعض الناس أنها لا تجزئه»، ونسب ذٰلك إلى أحمد.

(٣) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو الراجح.

(٤) «المدونة» (٣ / ٧١، ٧٣ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢ / ٨٩٣)، «التفريع» (٢ / ٩٦)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٢)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٣).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٥ / ٢٨١ و٧ / ٦٦)، «مختصر المزني» (ص ٢٠٥)، «المهذب» (٢ / ١١٧، ١٤٢)، «المنهاج» (ص ١١٣، ١٤٥).
وهو قول زفر والأوزاعي. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٤).

(٥) «مختصر الطحاوي» (٢١٣)، «المبسوط» (٧ / ٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٣ / رقم=

٩٢]، وذٰلك يقتضي ألا يتقدم فيها عقد بعتق غير المقصود وإلا لم يكن تحريراً، ولأن عقد الكتابة يمنع إعتاقه في الظهار، أصله إذا أدى بعض النجوم، ولأن عتقه مستحق على السيد لسبب غير الكفارة كالاستيلاد، أو لأنه سبب حرية يمنع البيع؛ فلم يجز صرفه إلى الكفارة كالتدبير.

مسألة ١٣٢٦

إذا اشترى من يعتق عليه ونوى وقوعه عن كفارته؛ فلا يجزيه[(١)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٢)]؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]، وذٰلك لا يتأتى في هٰذا الموضع، ولأن عتقه بالملك مستحق عليه لسبب متقدم على الملك؛ فأشبه قوله: إن ملكتك فأنت حر، ولأنه عتق يقع بالملك من غير قصد إيقاعه فلم يجز في الظهار، أصله إذا ملكه بميراث، ولأن استحقاق العتق في الرقبة من جهة منع أن يجزىء من جهة أخرى؛ كأم الولد[(٣)].

مسألة ١٣٢٧

إذا أعتق نصف عبدين؛ فلا يجزيه[(٤)]، خلافاً للشافعي[(٥)]؛ لقوله تعالى:

= ١٠٣٥)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٥١٠)، «البدائع» (٦ / ٢٩٢٢)، «رؤوس المسائل» (٤٢٨).
وهٰذا مذهب عثمان البتي، أفاده الجصاص.

(١) «المدونة» (٣ / ٧١ ـ ٧٣ ـ ط دار صادر)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٤)، «المعونة» (٢ / ٨٩٣)، «التفريع» (٢ / ٩٦)، «جامع الأمهات» (ص ٣١١).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٥ / ٢٨١ و٧ / ٦٦)، «مختصر المزني» (ص ٢١٣)، «المهذب» (٢ / ١١٧)، «المنهاج» (ص ١١٣).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٢١٣)، «المبسوط» (٧ / ٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٤)، «البدائع» (٦ / ٢٩٠٥)، «الهداية» (٤ / ٢٦٣ ـ مع «فتح القدير»)، «رؤوس المسائل» (٤٢٩).

(٣) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو الراجح، والله أعلم.

(٤) «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٢)، «جامع الأمهات» (ص ٣١١)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٤).

(٥) هو أحد أقوال الشافعي.
وانظر: «حلية العلماء» (٧ / ١٩١)، «مختصر المزني» (٢٠٥)، «الحاوي الكبير» (١٣ / ٤٠٣).

﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]، والاسم لا يقع على المطلق، ولأن العبادة المتعلقة برقبة لا يقوم نصف رقبتين مقامها، أصله إذا اشترك اثنان في أضحيتين، ولأنه لو أوصى أن يشتري رقبة فتعتق عنه لم يجز أن يعتق عنه نصف عبدين، كذٰلك في مسألتنا.

مسألة ١٣٢٨

يجوز عتق ولد الزنا[(١)]، خلافاً لمن منعه[(٢)] للظاهر؛ لأنه رقبة سليمة تامة الملك كالصحيحة النسب.

مسألة ١٣٢٩

لا يجوز فيها المعيبة[(٣)]، خلافاً لداود[(٤)]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢٦٧]، وقوله تعالى: ﴿وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ مَا يَكْرَهُونَ﴾ [النحل: ٦٢]، وقوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]، وهٰذا يقتضي [رقبة] كاملة والمعيبة ناقصة، ولأن النقص نقصان: نقص في الدين ونقص في البدن، ثم قد ثبت أن نقص الدين يمنع الإجزاء، كذٰلك نقص الأعضاء.

مسألة ١٣٣٠

لا يجوز أقطع اليد أو الرجل أو أقطعهما في الكفارة[(٥)]، وقال أبو حنيفة:

---

(١) «مواهب الجليل» (٤ / ١٢٧).

(٢) هو قول الزهري والأوزاعي كما حكاه عنهما الشاشي في «حلية العلماء» (٧ / ١٨٦).

(٣) «المدونة» (٢ / ٣١٣ ـ ٣١٥)، «التفريع» (٢ / ٩٦ ـ ٩٧)، «الرسالة» (٢٠٤)، «المعونة» (٢ / ٨٩٤)، «جامع الأمهات» (ص ٣١١)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣١).

(٤) نقله عنه الشاشي في «حلية العلماء» (٧ / ١٨٥).

(٥) «المدونة» (٢ / ٣١٣ ـ ٣١٥)، «التفريع» (٢ / ٩٦ ـ ٩٧)، «الرسالة» (٢٠٤)، «المعونة» (٢ / ٨٩٤)، «جامع الأمهات» (ص ٣١١)، «تفسير القرطبي» (١٧ / ٢٨٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٣٢ ـ ٢٣٣).

يجزىء[١].

فدليلنا أن قطع اليد عيب يضر بالعمل وينقص التصرف نقصاناً بائناً فأشبه قطع اليدين.

مسألة ١٣٣١

لا يجزىء أقطع الأذنين[٢]، خلافاً لأصحاب الشافعي[٣]؛ لأنهما عضوان فيهما منفعة وهي حوش الصوت إلى السمع ودفع الضرر عنه، ولأنه في ذهابهما ضرباً من التشوه بالخلق.

مسألة ١٣٣٢

الخرس يمنع الإجزاء وإن كان معه صمم فهو أبين[٤]، خلافاً لأحد قولي الشافعي[٥]؛ لأن فقد الكلام يجري مجرى فقد في البصر واليد والرجل؛ لأنه يضر بعلمه وينقص تصرفه، وتقل رغبة الناس في استخدامه لصعوبة ما يلحقهم في إفهامه مع أنه ليس كل أحد يفهم خطاب الأخرس ولا يحسن إشارته.

---

(١) «مختصر الطحاوي» (٢١٣)، «المبسوط» (٧ / ٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٤ / رقم ١٠٣٦).

وقال زفر: «لا يجزىء الأقطع»، أفاده الجصاص.

(٢) المراجع السابقة.

وإليه ذهب زفر. أفاده الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٤ / رقم ١٠٣٦).

(٣) «الأم» (٥ / ٢٨٢)، «الإقناع» (١٥٧)، «مختصر المزني» (٢٠٥)، «حلية العلماء» (٧ / ١٧٦)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٣٠٩).

وقال أصحاب أبي حنيفة: يجزىء مقطوع الأذنين.

انظر: «مختصر الطحاوي» (٢١٣)، «المبسوط» (٧ / ٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٤٩٤ / رقم ١٠٣٦).

(٤) المراجع السابقة، «البيان والتحصيل» (٥ / ٢٠١).

(٥) «الأم» (٥ / ٢٨٢)، «الإقناع» (١٥٧)، «حلية العلماء» (٧ / ١٨٤)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٣٠٨).

كتاب اللعان

مسألة ١٣٢٣

إذا قذف زوجته فادعى الرؤية وكانت ممن يحد قاذفها لزمه الحد، وله التخلص من ذلك باللعان أو البينة، واللعان حجة له يسقط بها عن نفسه ما لزمه من الحد، فإن امتنع منه لم يجبر عليه وحد، فإن لاعن سقط الحد عنه ولزم المرأة ولها أن تخلص نفسها باللعان. وقال أبو حنيفة: الواجب بقذف الزوجة اللعان دون الحد، فإن لاعن الزوج وإلا حبس حتى يلتعن، فإذا التعن وجب عليها اللعان، فإن التعنت وإلا حبست حتى تلتعن والكلام في موضعين:

أحدهما: أن الزوج يحد للقذف بامتناعه من اللعان إذا طالبته المرأة بذلك[١]،

---

(١) «المدونة» (٣ / ١١٢ ـ ط دار صادر)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٤١)، «المعونة» (٢ / ٩٠١)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٥)، «أحكام القرآن» (٢ / ٩٢)، «الكافي» (٢٨٨)، «مواهب الجليل» (٤ / ١٣٨)، «شرح الزرقاني» (٨ / ٩٢)، «بلغة السالك» (٢ / ٣٩٦)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٣٣١)، «تبصرة الحكام» (٢ / ٢٦٨)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٧٧، ١٧٩).

وهذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٥ / ٢٨٥، ٢٩١)، «مختصر المزني» (ص ٢٠٧)، «المهذب» (٢ / ٣٣١، ٣٣٤)، «روضة الطالبين» (٨ / ٣٢٧ ـ ٣٢٨)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٦١ / رقم ٢٣٨)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٨٠، ٣٨٢)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٠٦ ـ ٢٠٧)، «الإشراف» (رقم ٢٧٩٩) لابن المنذر، «نهاية المحتاج» (٧/ ٤٣٧)، «فتح الوهاب» (٢/ ١٠٢)، «المجموع» (١٩/ ١٠٤، ١٩٠).

وهذا مذهب الظاهرية.

انظر: «المحلى» (١٠ / ١٤٥).

وعندهم يحبس ولا يحد[(١)].

والآخر: أن المرأة يلزمها الحد بالتعان الزوج إلا أن تسقطه عن نفسها باللعان[(٢)]، وعندهم لا حد عليها[(٣)].

فدليلنا على الفصل الأول قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾ [النور: ٤]؛ فعم، ولأنها حرة مسلمة عفيفة قذفها من لم يحقق قذفها فوجب أن يحد لها، أصله الأجنبية.

ودليلنا على الثاني قوله تعالى: ﴿وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٨]، فذكر لعان الزوج ثم عقبه بالإخبار عما يسقط عنها العذاب المتوجه عليها بلعانه بأن تلتعن، ولأنه معنى يخرج به القاذف عن قذفه، فجاز أن يجب به حد؛ كالبينة[(٤)].

---

(١) «مختصر الطحاوي» (٢١٥)، «اللباب» (٣ / ٧٤ ـ ٧٥)، «المبسوط» (٧ / ٣٩)، «بدائع الصنائع» (٣ / ٢٣٧)، «البناية» (٤ / ٧٣٣ ـ ٧٣٤)، «الاختيار» (٣ / ١٦٨)، «فتح القدير» (٤ / ٢٨١)، «تبيين الحقائق» (٣ / ١٥ ـ ١٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠٩ / رقم ١٠٥٥)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٧)، «رؤوس المسائل» (ص ٤٣٧).

(٢) «المدونة» (٣ / ١١٢ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٢ / ٩٠٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ١١٨)، والمراجع السابقة.

وهذا مذهب الشافعية. انظر المراجع السابقة.

(٣) «مختصر الطحاوي» (٢١٥ ـ ٢١٦)، «اللباب» (٣ / ٧٥)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٣٣٤)، «المبسوط» (٧ / ٣٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠٩ / رقم ١٠٥٥)، «أحكام القرآن» (٣ / ٣٦٥)، «تبيين الحقائق» (٣ / ١٦)، «درر الحكام» (١ / ٣٩٧)، «البحر الرائق» (٤ / ١٢٤)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٤٨٥).

وهذا مذهب أحمد والأوزاعي والحسن، وروي عن الحارث العكلي وعطاء الخراساني.

وانظر: «المغني» (١١ / ١٢٢، ١٣٦)، «الإفصاح» (٢ / ١٦٧ ـ ١٦٨)، «الإنصاف» (٩ / ٢٥١)، «كشاف القناع» (٥ / ٣٩٠)، «نوادر الفقهاء» (١١٤)، «منتهى الإرادات» (٢ / ١٧٩).

(٤) ما قرره المصنف ـ وهو مذهب الشافعي وأهل الظاهر وأبي عبيد وأبي ثور وأبي إسحاق الجوزجاني وابن المنذر وبعض الحنابلة ـ وجوب حد الزنى إذا لم تقع الملاعنة مع القدرة على ذلك.

دليله: قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ=

مسألة ١٣٣٤

وللزوج أن يلاعن وإن قدر على إقامة البينة[1]، خلافاً

= ٱلصَّـٰدِقِينَ * وَٱلْخَـٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَـٰذِبِينَ * وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَـٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَـٰذِبِينَ * وَٱلْخَـٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّـٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦ ـ ٩].

فقد أخبر جل ذكره أن العذاب يدرأ عنها إذا لاعنت، والعذاب المذكور في هٰذه الآية هو العذاب الوارد في قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]، فقوله: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾ إشارة إلى عذاب معلوم، ولذا عرفه بالألف واللام وليس ثم عذاب أولى أن يحمل اللفظ عليه من الحد؛ إذ هو العذاب المذكور في الآيات السابقة لهٰذه الآية في نفس السورة.

ولأن الله تعالى جعل لعان الزوج بدلاً عن شهادة الشهود وقائماً مقامها؛ فسمى الزوج شاهداً وسمى الأيمان الصادرة عنه شهادة، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَـٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾، وإذا كان لعانه قائماً مقام شهادة الشهود وجب أن يترتب عليه ما يترتب عليها، ولأن الله تعالى جعل لعان الزوج موجباً لسقوط حد القذف عنه، وجعل لعانها موجباً لسقوط حد الزنى عنها؛ فكما أن حد القذف يقام على الزوج إذا امتنع عن اللعان فكذٰلك حد الزنى يقام عليها بامتناعها عنه.

ويرى أبو حنيفة ومن معه أنها تحبس حتى تلاعن وأن حد الزنى لا يجب عليها بمجرد نكولها.

وقد احتجوا على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّـٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَـٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾، وقوله: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾، وبرده عليه السلام ماعزاً والغامدية حتى أقر كل واحد منهما أربعاً؛ فدلت هٰذه النصوص على أن الزنى لا يثبت إلا بالبينة أو الإقرار، والامتناع عن اللعان ليس واحداً منهما؛ فلم يجز أن يثبت به الحد.

ويقول النبي ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، ومضى تخريجه.

ومن المسلم به أن الزوج مدع؛ فكلامه لا يعتبر ببينة، فلم يكن موجباً للحد عليها، وبما رواه ابن عباس «أن عمر قال على المنبر: إن الرجم في كتاب الله على من زنى وقد أحصن إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف»، رواه البخاري ومسلم، فلو كان نكول المرأة عن اللعان طريقاً يثبت به الحد عليها لذكره عمر؛ فاقتصاره على هٰذه الثلاثة دليل على أن الزنى لا يثبت بما عداها.

وظاهر الكتاب والسنة يوافق قول مالك: بأن يقام الحد على المرأة إذا التعن الرجل، ولم تلتعن المرأة. قاله ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٢٠ / ٣٩٠).

وانظر: «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (٢ / ٢٤٠ ـ ٢٤١)، «الجامع للاختيارات الفقهية» (٢ / ٨٢٣).

(١) «مواهب الجليل» (٤ / ١٣٨)، «بلغة السالك» (٢ / ٣٩٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٤١).

لقوم[(١)]؛ لأن اللعان يستفاد به ما لا يستفاد بالبينة من نفي الولد وزوال الفراش، والحاجة داعية إليه مع وجود البينة كما تدعو إليه مع عدمها؛ فجاز في الحالين[(٢)].

مسألة ١٣٣٥

اللعان بين كل زوجين مكلفين، حرين كانا أو عبدين متكافئين أو أحدهما، عدلين أو فاسقين[(٣)]، وقال أبو حنيفة: لا يصح إلا بين زوجين يكونان من أهل الشهادة، وذٰلك أن يكونا حرين مسلمين، وأما العبدان المحدودان في القذف؛ فلا يجوز عنده لعانهما، وكذٰلك إن كان أحدهما من أهل الشهادة والآخر ليس من أهلها[(٤)]، والكلام في هٰذه المسألة في فصلين:

أحدهما: هٰذا.

والآخر: هل اللعان يمين أو شهادة؛ فعندنا أنه يمين[(٥)]، وعنده أنها شهادة[(٦)].

فدليلنا على الفصل الأول قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾ [النور: ٦]؛

---

(١) وهو قول أبي إسحاق والقاضي أبو حامد من الشافعية، وقال أبو الحسن بن القطان وأبو القاسم الداركي: هي على قولين. انظر: «حلية العلماء» (٧/ ٢٠٩).

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وهو الراجح، والله أعلم.

(٣) «المدونة» (٢/ ٣٣٥ ـ ٣٣٦)، «التفريع» (٢/ ٩٧)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٢٨٦ ـ ٢٨٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٤٣)، «المعونة» (٢/ ٨٩٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٤).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٥/ ٢٨٦)، «مختصر المزني» (ص ٥٠٨)، «المهذب» (٢/ ١٢٠)، «الوجيز» (٢/ ٨٨)، «المنهاج» (ص ١١٤)، «مغني المحتاج» (٣/ ٣٧٧)، «مختصر الخلافيات» (٤/ ٢٦٢/ رقم ٢٣٩).

(٤) «مختصر الطحاوي» (٢١٥)، «القدوري» (ص ٨٠)، «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٢٧)، «اللباب» (٣/ ٧٤ ـ ٧٦)، «المبسوط» (٧/ ٤٠)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢١٥١)، «الجوهر النقي» (٧/ ٣٩٥ ـ ٣٩٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٥٠٠/ رقم ١٠٤٥)، «رؤوس المسائل» (٤٣٤).

(٥) «التفريع» (٢/ ٩٩)، «الكافي» (٢٨٨ ـ ٢٨٩).

(٦) «مختصر الطحاوي» (٢١٦)، «اللباب» (٣/ ٧٦)، «تحفة الفقهاء» (١/ ٢١٧)، «المبسوط» (٧/ ٥٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٥١٥/ رقم ١٠٦٤).

فعم، ولأن كل زوج صح قذفه صح لعانه، أصله الحر، ولأن كل معنى صح أن يخرج به من القذف من كان من أهل الشهادة صح أن يخرج به منه من ليس من أهلها، أصله البينة.

ودليلنا على الفصل الثاني قوله ﷺ لما جاءت به على النعت المكروه: «لولا الأيمان لكان لي ولك شأن»[1]، ولأنه بخلاف الشهادات في كثير من شروطها منها دخول النساء فيه ولا مدخل لهن في الشهادة على الزنا وتكرار ألفاظه ولعن الملتعن نفسه أن كان ما شهد به على خلاف شهادته وجوازه من الفاسقين وإن لم يكونا من أهل الشهادة، وكذٰلك الأعمى؛ فدل على أنه يمين وليس بشهادة.

مسألة ١٣٣٦

إذا قذف زوجته ولم يضف القذف إلى مشاهدة؛ ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يلاعن[2]، وهو قول أبي حنيفة[3] والشافعي[4].

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب التفسير، باب ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين﴾، رقم ٤٧٤٧، وكتاب الطلاق، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، رقم ٥٣٠٧)، ومسلم في «صحيحه» (أول كتاب اللعان، رقم ١٤٩٢) بنحوه، واللفظ المذكور لأبي داود في «السنن» (رقم ٢٢٥٦).

(٢) «المعونة» (٢ / ٩٠٠)، «التفريع» (٢ / ٩٨)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٤١).

وقال الليث: لا تكون ملاعنة إلا أن يقول: قد رأيتُ عليها رجلاً، أو يقول: قد كنتُ استبرأت رحمها وليس هٰذا الحمل مني، ويحلف بالله على ما قال. أفاده الجصاص.

(٣) «مختصر الطحاوي» (٢١٥)، «المبسوط» (٧ / ٣٩، ٥٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠١ / رقم ١٠٤٦).

(٤) «مختصر المزني» (٢٠٨)، «الحاوي الكبير» (١٤ / ١٩)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٠٦)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٣٢٤)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٦٧).

وهٰذا مذهب أحمد وأبي ثور، وبعضهم فرق بين الأعمى والبصير.

انظر: «المغني» (٧ / ٣٩٣)، «فقه أبي ثور» (٥٢٥).

والأخرى: ليس له أن يلاعن[(١)].

فوجه الأولى: عموم الظاهر، ولأن كل معنى صح الخروج به عن القذف المضاف إلى مشاهدة صح الخروج به من القذف المطلق كالبينة، ولأنه قذف مضاف إلى الزوجة؛ فجاز تحقيقه باللعان، أصله المضاف إلى الرؤية.

ووجه الثانية: أنه معنى يتخلص به من القذف؛ فوجب أن يفتقر إلى مشاهدة كالشهادة.

مسألة ١٣٣٧

لعان الأخرس جائز إذا فهمت إشارته[(٢)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٣)] في قوله: لا يصح لعانه ولا قذفه لعموم الظاهر، ولأن كل من صح نكاحه وطلاقه صح قذفه كالناطق، ولأنه حكم يفهم بالإشارة من جهته؛ فجاز أن تقوم الإشارة فيه عند العجز مقام النطق كاليمين والإقرار.

مسألة ١٣٣٨

إذا قذف زوجته ولاعنها فقذفها أجنبي بذٰلك الزنا لزمه الحد إلا أن يقيم البينة[(٤)]، وقال أبو حنيفة: إن كان النسب لم يثبت أو ثبت، ولٰكن مات الولد؛ فلا

---

(١) «المعونة» (٢ / ٩٠٠)، «التفريع» (٢ / ٩٨).

(٢) «المدونة» (٢ / ٣٤٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٤٦)، «المعونة» (٢ / ٩١٠) ـ وفيه: «خلافاً للشافعي»، والصواب المذكور هنا؛ إذ مذهب الشافعية أن لعان الأخرس يجوز إذا كانت له إشارة معلومة، أو كتابة مفهومة.

انظر: «الأم» (٥ / ٢٨٦)، «مختصر المزني» (ص ٢٠٨)، «الإشراف» (ص ٢٦٦) لابن المنذر، «المهذب» (٢ / ١٢٥)، «الوجيز» (٢ / ٩١).

(٣) «المبسوط» (٧ / ٤٢)، «القدوري» (٨٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠٨ / رقم ١٠٥٤)، «البدائع» (٥ / ٢١٥٢)، «الهداية» (٤ / ٢٩٣ ـ مع «فتح القدير»)، «البناية» (٤ / ٧٤٨)، «رؤوس المسائل» (٤٣٣).

(٤) «المدونة» (٣ / ١١٥ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٧)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٣٢٧)، «الخرشي» (٨ / ٨٧)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٠١).

حد عليه، وإن كان بقي النسب والولد باق فعليه الحد[١].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤] وهذه محصنة، ولأن رمي الزوج لا يسقط حصانتها، ولأنها محصنة يحد قاذفها كما لو نفي الولد[٢].

مسألة ١٣٣٩

إذا قال لزوجته: زنيتِ قبل أن أتزوَّجكِ حدَّ ولم يلاعن[٣]، وقال أبو حنيفة: يلاعن عنها[٤].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤]؛ فعم، ولأنه قذفها بزنا لو حملت منه لم يلحق به نسب؛ فلم يكن له أن يلاعن كما لو قذف أجنبية ثم تزوجها.

مسألة ١٣٤٠

إذا أبان زوجته ثم قذفها بزنا أضافه إلى حال الزوجية، فإن لم يكن هناك نسب

---

(١) «المبسوط» (٧/ ٥٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٥١٦/ رقم ١٠٦٦)، «بدائع الصنائع» (٩/ ٤١٦٩)، «شرح فتح القدير» (٤/ ٢٠٣)، «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٥).
وانظر: «حلية العلماء» (٨/ ٤٦ ـ ٤٧).

(٢) إن كان القاذف لها غير زوجها وقذفها بنفي نسب ولدها الذي لاعنت بنفي نسبه؛ فلا يحد القاذف، ولكن يؤدّب؛ لأن الشرع قد نفى نسبه، أما إذا كان القذف بالزنا؛ فالأولى أن يحد القاذف لأنه لم يثبت عليها حد الزنا، ولا الوطء في نكاح محرم، حتى نقول: وجدت شبهة مسقطة لعفتها، والفقهاء لم يعتبروا اللعان مسقطًا لعفّة الملاعنة حتى يدرأ الحدّ عن قاذفها. كذا في «أثر الشبهات في درء الحدود» (ص ٢٥٨).
وورد نص في المسألة سيأتي إن شاء الله.
وانظر: «الأم» (٥/ ٢٨٦)، «كشاف القناع» (٦/ ١٠٦).

(٣) «المدونة» (٣/ ١٠٥ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٥١).

(٤) «مختصر الطحاوي» (٢١٥)، «المبسوط» (٧/ ٣٩، ٥٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٥٠١ رقم ١٠٤٦)، «البناية» (٤/ ٧٥٥).

ينفيه حد ولم يلاعن، وإن كان هناك نسب وادعى أنه من ذلك الزنا؛ فله أن يلاعن وينفيه[(١)].

وحكي عن عثمان البتي[(٢)] أنه يلاعن وإن لم يكن نسب[(٣)]، وقال أبو حنيفة: ليس له أن يلاعن على الموضعين[(٤)].

فدليلنا على البتي[(٥)] أنه لا ضرورة به إلى هذا القذف؛ لأنها ليست بفراش له ولا هناك نسب ينفيه فيكون اللعان لأجله فوجب أن يحد ولا يلاعن كقذفه لأجنبية.

ودليلنا على أبي حنيفة أنه نسب يحتاج إلى نفيه؛ فجاز له نفيه باللعان كقذفها بعد الطلاق[(٦)].

مسألة ١٣٤١

إذا نفى حمل زوجته على الشروط المعتبرة فيه؛ فله أن يلاعنها قبل الوضع[(٧)]، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: لا يلاعن إلا بعد أن

---

(١) «جامع الأمهات» (ص ٣١٧)، «الخرشي» (٨/ ٨٧)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٣٢٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٤٤).

(٢) في الأصل والمبطوع: «الليثي»، والصواب ما أثبتناه.
وهو أبو عمرو عثمان بن سليمان البتي، فقيه البصرة، بياع البتوت من أهل الكوفة، وانتقل إلى البصرة، حدث عن أنس بن مالك والشعبي والحسن وحدث عنه شعبة وسفيان وابن علية وغيرهم، وثقه أحمد والدارقطني وابن سعد وابن معين، توفي سنة (١٤٣هـ).
وانظر: «طبقات الفقهاء» (٩١)، «السير» (٦/ ١٤٨).

(٣) «حلية العلماء» (٧/ ٢٢٣)، «البناية» (٤/ ٧٥٥).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٥١٣، ٥١٤)، «البناية» (٤/ ٧٥٥)، «بدائع الصنائع» (٩/ ٤١٦٩)، «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٥).

(٥) في المطبوع: «الليثي»، والصواب ما أثبتناه.

(٦) تفصيل المصنف وتوجيهه قوي غاية، والله الموفق للخيرات، والهادي للصالحات.

(٧) «المدونة» (٢/ ٣٣٩)، «التفريع» (٢/ ٩٨)، «الكافي» (٢٨٦، ٢٨٨)، «المعونة» (٢/ ٩٠٤، ٩٠٦)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٥)، «أسهل المدارك» (٢/ ١٧٤)، «مواهب الجليل» (٤/ ١٣٢)، «بداية المجتهد» (٢/ ١١٦ ـ ١١٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٢٥٤).

تضع[١]؛ لعموم الظواهر، ولأن كل نسب جاز إسقاطه باللعان بعد انفصال الولد جاز إسقاطه قبله؛ كالفراش[٢].

مسألة ١٣٤٢

إذا قذف امرأته بأنها وطئت في الدُّبر لزمه الحد وله إسقاطه باللعان[٣]، وقال

= وهذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٥ / ٢٩٥)، «مختصر المزني» (ص ٢١٥)، «المجموع» (١٩ / ١٣٤)، «روضة الطالبين» (٨ / ٣٣٧، ٣٥٧، ٣٦٠ ـ ٣٦١)، «الحاوي الكبير» (١١ / ١٦ ـ ١٧ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٨١).

(١) «مختصر الطحاوي» (٢١٦)، «اللباب» (٣ / ٧٨)، «المبسوط» (٧ / ٤٤، ٤٥)، «الاختيار» (٣ / ١٧٠)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٢٠)، «فتح القدير» (٤ / ٢٩٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥١٠ / رقم ١٠٥٦).

وقال أبو يوسف ومحمد: إن جاءت به بعد هٰذا القول لأقل من ستة أشهر لاعن، وقد روي عن أبي يوسف: إنه يلاعنها قبل الولادة. قاله الجصاص.

وعدم صحة اللعن على نفي الحمل هو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١١ / ٢٦٠)، «الإنصاف» (٩ / ٢٥٥).

(٢) أخرج أحمد في «المسند» (١ / ٣٥٥): ثنا وكيع، ثنا عباد بن منصور، عن عكرمة، عن ابن عباس: أن النبي ﷺ لاعن بالحمل.

وأخرج (٢ / ٧١)، وأبو داود في «السنن» (رقم ٢٢٥٦)؛ من طريق عباد بن منصور، عن عكرمة، عن ابن عباس: أن النبي ﷺ لاعن بين هلال بن أمية وامرأته، وفرق بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يُرمى ولدُها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد.

وإسنادهما ضعيف.

عباد عن عكرمة ليس بشيء.

انظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٣٨ ـ ٢٣٩).

(٣) «جامع الأمهات» (ص ٣١٥)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤٦١)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٤٣)، «الخرشي» (٨ / ٧٦) ـ وفيه: «وإن كان وطء الفرج لواطاً لأن الفرج شامل للدبر؛ فيسمى زنا شرعاً» ـ.

وكذٰلك عند الشافعية، فإن الفرج عندهم يشمل الدبر. انظر: «السنن الكبرى» للبيهقي (٨ / ٢٣٣).

قال الخطيب الشربيني في «مغني المحتاج» (٤ / ١٤٤): «ودبر ذكر ودبر أنثى أجنبية كقبل للأنثى، =

أبو حنيفة: لا لعان عليه في ذٰلك[(١)]. وبناه على أصله وأن الحد لا يجب باللواط ولا بإتيان المرأة في الدبر.

فدليلنا على وجوب الحد بذٰلك أنه فرج يجب بالإيلاج فيه الغسل؛ فجاز أن يجب به الحد كالفرج، فإذا ثبت أن الحد يلزم بالوطء فيه قلنا لأنه فرج يجب بالإيلاج فيه الحد إذا رماها بالفحش فيه كان له تحقيق ذٰلك باللعان، أصله القبل[(٢)].

= فيجب بإيلاج كل من الدبرين ـ المسمى باللواط ـ الحد على المذهب.
وقال ابن قدامة في «المغني» (٩ / ٥٤): «والوطء في الدبر مثله ـ أي: مثل القُبُل ـ في كونه زنى لأنه وطء في فرج امرأة لا ملك فيها ولا شبهة، فكان زنى كالوطء في القبل».
وعليه تتخرج هٰذه المسألة.

(١) «المبسوط» (٩ / ٧٧ ـ ٧٨) ـ وفيه: «ومن أتى امرأة أجنبية في دبرها؛ فعليه الحد في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى».
وهٰذا مذهب الإمامية من الرافضة.
انظر: «اللمعة الدمشقية» (٩ / ١٤)؛ إذ الفرج عندهم لا يشمل الدبر، وعليه؛ فلا يترتب على وطئه حد أو قذف أو لعان، وإنما فيه التعزير.

(٢) سبب الخلاف في المسألة: هل وطء دبر الأجنبية يسمى زنى حقيقة أم مجازاً، وهل حد الزنى مشروع صيانة للفراش أم لمجرد سفح الماء مع الإيلاج في الفرج؟
والراجح مذهب الجماهير، أن وطء الدبر زنى، والأدلة عليه كثيرة، منها:
أولاً: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٢].
وجه الاستدلال بها: أن اللواطة قد سماها الله تعالى فاحشة حيث قال في قوم لوط: ﴿أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ﴾ [النمل: ٥٤]، يعني وطء الرجال في الأدبار وحيث إن الآية الأولى وصفت الزنى بالفاحشة.
وجاء أيضاً هٰذا الوصف في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ١٥]؛ فتصبح اللواطة مشمولة بالزنى لفظاً ومعنى.
أما لفظاً؛ فكما يسمى الزنى فاحشة تسمى اللواطة فاحشة، وبالتالي؛ فيجب فيها الحد الواجب في الزنى.
وأما معنى: فهو أن الزنى فعل معنوي له غرض، وهو إيلاج الفرج في الفرج على وجه محظور لا شبهة فيه لقصد سفح الماء، وقد وجد ذٰلك كله، فإن القبل والدبر كل واحد منهما فرج يجب ستره شرعاً، وكل واحد منهما مشتهى طبعاً حتى إن من لا يعرف الشرع لا يفصل بينهما، والمحل إنما =

مسألة ١٣٤٣

يلتعن في النكاح الفاسد كان هناك نسب ينفيه أم لا[١]، وقال أبو حنيفة: لا لعان فيه على كل وجه[٢]. وقال الشافعي: إن كان هناك نسب ينفيه لاعن وإلا لم يلاعن[٣].

فدليلنا على أبي حنيفة أنه نكاح يثبت به الفراش، فجاز اللعان فيه كالصحيح.

ودليلنا على الشافعي أنه أحد موجبي اللعان يوجب في النكاح الصحيح فوجب أن يوجبه في النكاح الفاسد كنفي النسب.

مسألة ١٣٤٤

إذا قذف امرأته وأمها بالزنا حد لهما جميعاً وله أن يلاعن الزوجة ويسقط عنه

= يكون مشتهى طبعاً لمعنى الحرارة واللين، وذلك لا يختلف بالقبل والدبر.

ولهذا وجب الاغتسال بنفس الإيلاج في الموضعين، ولا شبهة فيه بمحض الحرمة هنا لأن المحل باعتبار الملك، ويتصور هذا الفعل مملوكاً في القبل ولا يتصور في الدبر؛ فكان تمحض الحرمة هنا أبين، ومعنى سفح الماء هنا أبلغ منه في القبل لأن المحل منبت فيتوهم أن يكون الفعل حرثاً وإن لم يقصد الزاني ذلك ولا توهم هنا فكان تضييع الماء هنا أبين. انظر: «المبسوط» (٩ / ٧٨).

ثانياً: روى البيهقي (٨ / ٢٣٣) عن أبي موسى أن النبي ﷺ قال: «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان»؛ فقد سماهما النبي ﷺ زانيين فيجب في حقهما حد الزنى، فالنص شامل لهما، وعلى فرض عدم شموله لهما؛ فهما لاحقان بالزنى قياساً.

ثالثاً: روي عن عطاء بن رباح؛ قال: شهدت عبدالله بن الزبير وأتى بسبعة أخذوا في اللواط فسأل عنهم فوجد أربعة قد أحصنوا، فأمر بهم فأخرجوا من الحرم، ثم رجموا بالحجارة حتى ماتوا، وجلد ثلاثة الحد، وعنده ابن عباس وابن عمر؛ فلم ينكرا ذلك عليه. انظر: «المحلى» (٨ / ٤٦٢).

(١) «التفريع» (٢ / ٩٧ ـ ٩٨)، «الكافي» (٢٨٩)، «المعونة» (٢ / ٩٠٦)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٥)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٤٥٨).

(٢) «تحفة الفقهاء» (١ / ٢١٩)، «البناية» (٤ / ٧٥٤).

(٣) «مختصر المزني» (٢٠٨)، «الحاوي الكبير» (١٤ / ٤٨ ـ ٤٩)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٣٨ ـ ٢٣٩).

حدها، وليس له الخروج عن حد الأم إلاّ بالبينة ولا يتعلق أحد الحدين بالآخر، وأيهما حد لها لم يسقط حد الأخرى إذا كان بألفاظ متفرقة[1]، وقال أبو حنيفة: إذا حد للأم سقط حد البنت وإن لاعن البنت لم يسقط حد الأم[2].

فدليلنا أنهما حقان واجبان بالقذف؛ فلم يسقط أحدهما باستيفاء الآخر كما لو لاعن الابنة، فإنه لا يسقط حق الأم لأنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يسقط حق أحدهما باستيفاء الآخر كالديوان.

مسألة ١٣٤٥

إذا لاعنت المرأة قبل الزوج لم يعتد بذلك[3]، خلافاً لأبي حنيفة[4]؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٨]، وهذا يقتضي أن يكون العذاب قد وجب عليها بلعان الزوج حتى تدرأه باللعان.

مسألة ١٣٤٦

من أحكام اللعان ما يتعلق بلعان الزوج وحده، من ذلك هو وجوب الحد عليها وانتفاء النسب، ومنها ما يفتقر إلى لعانهما، وهو الفرقة والتحريم المؤبد[5]، وقال الشافعي: كل ذلك يتعلق بلعان الزوج وحده[6].

---

(١) «التفريع» (٢ / ٢٢٦)، «المقدمات الممهدات» (٣ / ٢٦٤).

(٢) «المبسوط» (٩ / ١١١).
وانظر: «حلية العلماء» (٨ / ٤٤)، «المنثور» (١ / ٢٩٧).

(٣) «جامع الأمهات» (ص ٣١٧)، «القوانين الفقهية» (٢٤٤)، «تفسير القرطبي» (١٢ / ١٩١ ـ ١٩٢)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٤٦٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٤٧).

(٤) «تبيين الحقائق» (٣ / ١٧)، «بدائع الصنائع» (٣ / ٢٤٥)، «درر الحكام» (١ / ٣٩٨)، «البناية» (٤ / ٧٥٥).

(٥) «المدونة» (٢ / ٣٣٩)، «التفريع» (٢ / ٩٨)، «الكافي» (٢٨٨)، «المعونة» (٢ / ٩٠٨)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٤٦٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٥٣).

(٦) «مختصر المزني» (٢١٢ ـ ٢١٣):، «الإقناع» (١٥٨ ـ ١٥٩)، «الحاوي الكبير» (١١ / ٧٤ ـ ط دار الكتب العلمية)، «روضة الطالبين» (٨ / ٣٣٦)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٨٠)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٣٧).

فدليلنا على أن الفرقة لا تقع بلعانه وحده أن هلال بن أمية لما التعن دعا رسول الله ﷺ بها، فلما التعنت فرق بينهما[١]، فذكر الحكم وسببه، ولأن اللعان لم يكمل [فلا] فرقة[٢]، أصله إذا لم يكمل من الزوج، ولأنه لعان من أحد الزوجين فكان له تأثير في الفرقة كلعان الزوج[٣].

مسألة ١٣٤٧

تقع الفرقة بنفس الفراغ من التعانهمامن غير حاجة إلى حكم حاكم به[٤]، وقال أبو حنيفة: لا تقع إلا بحكم الحاكم[٥].

---

(١) أخرج البخاري في «صحيحه» (رقم ٤٧٤٧) ضمن حديث ابن عباس ـ وقد تقدم في التعليق على مسألة (١٣٣٥) ـ: «... فانصرف النبي ﷺ فأرسل إليهما، فجاء هلال، فشهد والنبي ﷺ يقول...»، وأما التفريق بينهما؛ فثبت في لفظ أبي داود في «السنن» (رقم ٢٢٥٦).
وفي «صحيح البخاري» (رقم ٤٧٤٨) و«صحيح مسلم» (رقم ١٤٩٤ بعد ٢) من حديث ابن عمر: «فأمر بهما رسول الله ﷺ فتلاعنا كما قال الله، ثم قضى بالولد للمرأة وفرق بينهما».

(٢) في الأصل والمطبوع: «يكمل الفرقة»، وفي هامش الأصل: «لعله: فلا فرقة»، وهو الصواب؛ ففي «المعونة»: «فلم تقع الفرقة».

(٣) ما قرره المصنف قوي وفيه تفصيل جيد، وهو قول وسط بين الأقوال، وأما قول الشافعي؛ فقد قال عنه الطحاوي: «خلاف القرآن والحديث، وينبغي على قوله أن لا تلاعن المرأة أصلاً لأنها ليست زوجة عند لعانها». أفاده العيني في «البناية» (٤ / ٧٤٢).

(٤) «المدونة» (٣ / ١٠٧ ـ ط دار صادر)، «التفريع» (٢ / ١٠٠)، «الكافي» (٢٩٠)، «المعونة» (٢ / ٩٠٩)، «المقدمات الممهدات» (٢ / ٣٨٨ ـ ٣٨٩) ـ وفيه: «وقيل: إنها تجب بتمام لعان الزوج وإن لم تلتعن المرأة، وهو مذهب الشافعي وظاهر قول مالك في «موطئه»، وقول عبدالله بن عمرو بن العاص في «المدونة» وهو قول أصبغ في «العتبية» ـ، «أسهل المدارك» (٢ / ١٧٥)، «مواهب الجليل» (٤ / ١٣٩)، «تفسير القرطبي» (١٢ / ١٩٣ ـ ١٩٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٢١).
ومذهب الشافعية أن الفرقة تقع دون تفريق القاضي.
انظر: «الأم» (٥ / ١٢٩ ـ ١٣٠، ٢٩١)، «المهذب» (٢ / ١٢٧)، «روضة الطالبين» (٨ / ٣٥٦)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٧٦، ٣٨٠)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٦٥ / رقم ٢٤٠)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٣٦ ـ ٢٣٧)، «الإشراف» (رقم ٢٧٥٩) لابن المنذر، «تكملة المجموع» (٧ / ٤٥٢).

(٥) «مختصر الطحاوي» (٢١٥)، «اللباب» (٣ / ٧٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠٥ / رقم=

فدليلنا أنه ﷺ نفى اجتماعهما عند حصول التسمية لهما[١]، وذٰلك حاصل وإن لم يحكم به حاكم، ولأن النسب لا يتعلق بلعانها؛ لأنها هي تثبته باللعان، وهو ينفيه؛ فلا معنى لحكم الحاكم[٢].

مسألة ١٣٤٨

فرقة اللعان فسخ[٣]، وقال أبو حنيفة: طلاق[٤]، وفائدة ذٰلك عنده أنها غير مؤبدة، فلذٰلك كانت طلاقاً.

فدليلنا على أنه فسخ أنه معنى غالب يوجب الفرقة فكان فسخاً؛ كالرضاع[٥].

= ١٠٥٠)، «المبسوط» (٧ / ٤٣)، «الاختيار» (٣ / ١٦٨ ـ ١٦٩)، «فتح القدير» (٤ / ٢٨٥)، «البناية» (٤ / ٧٤٠)، «تبيين الحقائق» (٣ / ١٧)، «بدائع الصنائع» (٣ / ٢٥٣).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١١ / ١٤٤)، «الإنصاف» (٩ / ٢٥١)، «منتهى الإرادات» (٣ / ١٨٣)، «الإفصاح» (٢ / ١٦٩)، «كشاف القناع» (٥ / ٤٠٢).

(١) كما في حديث هلال بن أمية، وقد مضى في المسألة السابقة.

(٢) ما قرره المصنف قوي ووجيه.

وانظر: «نوادر الفقهاء» (١١٢)، «اختلاف العلماء» (ص ١٩٤).

(٣) «المدونة» (٢ / ٣٤٥)، «التفريع» (٢ / ١٠٠)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٢٨٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٧)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٧٥)، «مواهب الجليل» (٤ / ١٣٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ١٢٠).

(٤) «مختصر الطحاوي» (٢١٥)، «اللباب» (٣ / ٧٧)، «المبسوط» (٧ / ٤٣ ـ ٤٤)، «البناية» (٤ / ٧٤٠)، «الاختيار» (٣ / ١٦٩ ـ ١٧٠)، «فتح القدير» (٤ / ٢٨٦ ـ ٢٨٨)، «البناية» (٤ / ٧٤٠)، «تبيين الحقائق» (٣ / ١٩)، «رؤوس المسائل» (ص ٤٣٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠٦ / رقم ١٠٥١) ـ وفيه: «وقال زفر وأبو يوسف ومالك والثوري والأوزاعي والحسن بن حي والليث والشافعي: لا يجتمعان أبداً» ـ.

وانظر: «الإشراف» (رقم ٢٧٥٩) لابن المنذر، «حلية العلماء» (٧ / ٢٣٦).

(٥) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وعليه أدلة نصيَّة كثيرة شهيرة.

انظرها في: «صحيح البخاري» (رقم ٥٠٠٢، ٥٠٣٥)، «صحيح مسلم» (١٤٩٢، ١٤٩٣)، «سنن أبي داود» (رقم ٢٢٥٠)، «السنن الكبرى» (٧ / ٤١٠)، «معرفة السنن والآثار» (١١ / ١٦٥).

(فصل): إذا وقعت الفرقة باللعان ثم أكذب نفسه حُدَّ، ولحق به النسب ولم يزل التحريم[(١)]، وحُكي عن بعض التابعين أنها تعود زوجة[(٢)]، وقال أبو حنيفة: يجوز له العقد عليها[(٣)].

فدليلنا قوله ﷺ: «لا سبيل لك عليها»[(٤)]، ولأنه تحريم لا يرتفع بزوج وإصابة، فوجب أن يكون مؤبداً كالرضاع، ولأن اللعان قد وجد منهما جميعاً فأشبه أن يستمر عليه ولا يكذب نفسه[(٥)].

(فصل): وحكى أهل الخلاف عن عثمان البتي[(٦)] أنه لا تقع الفرقة باللعان وأنهما على الزوجية[(٧)].

فدليلنا قوله ﷺ: «أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها»[(٨)]. وروي أنه فرَّق بين المتلاعنين[(٩)]، ولأنه لما قطع به النسب الذي هو أقوى من الفراش كان بأن يقطع

---

(١) «المدونة» (٢ / ٣٤٥)، «التفريع» (٢ / ١٠٠)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٢٨٩)، «المعونة» (٢ / ٩٠٩)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٧).

(٢) ما كانت في العدة، وهو قول سعيد بن جبير، كذا في «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠٦).

(٣) «مختصر الطحاوي» (٢١٥)، «القدوري» (٨٠)، «اللباب» (٣ / ٧٧)، «المبسوط» (٧ / ٥٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠٦ / رقم ١٠٥١)، «البناية» (٤ / ٧٤٢ ـ ٧٤٣)، «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥)، «رؤوس المسائل» (٤٣٥).

(٤) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب اللعان، رقم ١٤٩٣ بعده) من حديث ابن عمر مرفوعاً.

(٥) ما قرره المصنف هو الراجح، وعليه أدلة عديدة.

(٦) في المطبوع: «الليثي»، والتصويب من المصادر.

(٧) ذكر قوله هٰذا جماعة، منهم: القفال في «حلية العلماء» (٧ / ٢٣٦)، والجوهري في «النوادر» (١١٢)، والعيني في «البناية» (٤ / ٧٤٠) ـ وفيه عنه: «وهو خلاف السنة والحديث» ـ، والجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠٥)، وزاد قوله: «وأحبّ إليَّ أن يطلق».

وهٰذا قول جماعة من أهل البصرة أيضاً.

انظر: «الإشراف» لابن المنذر (مسألة رقم ٢٧٥٩).

(٨) أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب اللعان، رقم ١٤٩٣ بعده) من حديث عبدالله بن عمر مرفوعاً.

(٩) مضى تخريجه قريباً.

الفراش أولى[١].

مسألة ١٣٤٩

إذا حكم الحاكم بنفي النَّسب أو بغير ذٰلك من أحكام اللعان قبل تمام الالتعان لم ينفذ حكمه[٢]. وقال أبو حنيفة: ينفذ إذا كان الزوج قد أتى بأكثر ألفاظ اللعان[٣].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ . . .﴾ إلى قوله:

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه؛ إذ فرقه اللعان فسخ مؤبَّد، جاءت بذٰلك عدة نصوص كما ألمحنا إليه سابقاً، والله الموفق.

(٢) المصادر السابقة في التعليق على مسألة (١٣٤٨).

(٣) قال السرخسي في «المبسوط» (٧/ ٤٣): «فزفر ـ رحمه الله ـ يوافقنا أن في حال تشاغلهما باللعان لا تقع الفرقة بينهما».

وقال الكاساني في «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤٥): «فإن أخطأ القاضي ففرق قبل تمام اللعان ينظر: إن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان نفذ التفريق، وإنْ لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان لم ينفذ، وإنما كان كذٰلك؛ لأن تفريق القاضي إذا وقع بعد أكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد في موضع يسوغ الاجتهاد فيه، فينفذ قضاؤه، كما في سائر المجتهدات، والدليل على أن تفريقه صادق محل الاجتهاد وجوه ثلاثة:

أحدها: أنه عرف أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، فاقتضى اجتهاده إلى أن الأكثر يقوم مقام الكل في اللعان.

والثاني: أنه اجتهد أن التكرار في اللعان للتأكيد والتغليظ، وهٰذا المعنى يوجد في الأكثر.

والثالث: أنه زعم أنه لما ساغ للشافعي الاقتصار على لعان الزوج إذا قذف المجنونة أو الميتة؛ فلأن يسوغ له الاجتهاد بعد إكمال الزوج لعانه وإتيان المرأة بأكثر اللعان أولى، فثبت أن قضاء القاضي صادف محل الاجتهاد، فينفذ».

فإن قيل: شرط جواز الاجتهاد أن لا يخالف النص، وهٰذا قد خالف النص من الكتاب والسنة لأن كتاب الله ورد باللعان بعدد مخصوص، وكذا النبي ﷺ لاعن بين الزوجين على ذٰلك العدد، وإذا كان العدد منصوصاً عليه؛ فالاجتهاد إذا خالف النص باطل؛ فالجواب ممنوع أن اجتهاد القاضي خالف النص، فإن التنصيص على عدد لا ينافي جواز الأكثر وإقامته مقام الكل ولا يقتضي الجواز أيضاً؛ فلم يكن الحكم منصوصاً عليه، بل كان مسكوتاً عنه؛ فكان محل الاجتهاد وفائدته التخصيص على العدد المذكور والتنبيه على الأصل والأولى، وهٰذا لا ينفي الجواز.

﴿ وَٱلْخَٰمِسَةَ ﴾ [النور: ٨]؛ فنص على أن الحد لا يسقط عنها إلا أن تأتي بالعدد المذكور، فمن قال: إنه يسقط بدونه فقد خالف الظاهر، ولأنه معنى ذو عدد يتخلص به من القذف فوجب ألا يتخلص ببعض عدده؛ كالبينة.

مسألة ١٣٥٠

إذا قذف امرأته برجل بعينه يحد قاذفه لاعن امرأته وحد للرجل[١]، وقال الشافعي: إذا التعن سقط عنه حد الرجل[٢].

فدليلنا أنه قذف شخصين يحد قاذفهما فتخلصه من قذف واحد لا يسقط حد الآخر، أصله إذا قذفه بأجنبية.

مسألة ١٣٥١

إذا قذفها برجل ولم يسمه لاعنها ولم يحد عن الرجل[٣]، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يسقط حد الرجل[٤].

فدليلنا أن حد القذف لا يجب استيفاؤه إلا بالمطالبة، فإذا لم يسم المقذوف لم تصح المطالبة، فلم يجب الحد إذا عين المزني بها ولم يعينه، ولأنه قد يكون قاذفاً من لا حد في قذفه[٥]، ولأنه لو قال: رأيت رجلاً يزني لم يحد قاذفه.

مسألة ١٣٥٢

إذا قذفها بالزنا فصدقته حُدَّت ولم يلزمه حدُّ القذف، فإن كان هناك نسبٌ

---

(١) «منح الجليل» (٤ / ٥٠٨)، «شرح الزرقاني على خليل» (٨ / ٨٨)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٤٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٣٢٧).

(٢) «مختصر المزني» (٢١٤)، «الحاوي الكبير» (١٤ / ١٤٦)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٣٥).

(٣) «جامع الأمهات» (ص ٣١٧)، «شرح الزرقاني على خليل» (٨ / ٨٨)، «منح الجليل» (٤ / ٥٠٨)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٤٩).

(٤) «مختصر المزني» (٢١٤)، «الحاوي الكبير» (١٤ / ١٤٦ ـ ١٤٧)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٣٥).

(٥) في الأصل والمطبوع: «ولأنه قد يكون من الحد قاذفاً»، والتصويب من هامش الأصل.

ينفيه لاعن وإن لم يكن نسب لم يلاعن[١]، وقال أبو حنيفة: لا حد عليها؛ لأن عنده الاعتراف بالزنا مرة لا يوجب الحد. قال: ولا يلاعن الزوج؛ لأنه يقول إن اللعان إذا تعذر من جهة المرأة سقط عن الزوج[٢].

فدليلنا على أنه يلاعن أنه محتاج إلى اللعان لدفع النسب بعد تصديقها كحاجته إليه قبله، فكان له اللعان في الحالين.

مسألة ١٣٥٣

تلاعن من نفي الحمل وإن عري عن القذف[٣]، خلافاً للشافعي[٤]؛ لأنه رماها بوطء لو كان له ولد لحق به؛ فكان له تحقيق ذٰلك باللعان كما لو ضامّه[٥] القذف، ولأن به ضرورة إلى نفي النسب موجودة وهو أصل ما وضع له الحد ولا ضرورة به إلى القذف؛ لأن الدعوى تتم مع عدمها، [و] كل ما صحت الدعوى مع فقده لم يكن وجوبه شرطاً كسائر ما تستغنى الدعوى عنه[٦].

---

(١) «التفريع» (٢ / ٩٩)، «الرسالة» (٢٠٤)، «الكافي» (٢٩)، «المعونة» (٢ / ٩١٠)، «المنتقى» (٤ / ٧٧)، «القوانين الفقهية» (ص ٢١١)، «الشرح الكبير» (٢ / ٤٦٦)، «الخرشي» (٤ / ١٣٤).

(٢) «الهداية» (٢ / ٢٤)، «البناية» (٤ / ٧٥٤).

(٣) «المدونة» (٢ / ٢٤٠)، «التفريع» (٢ / ٩٨)، «الكافي» (٢٨٨)، «المعونة» (٢ / ٩٠٥)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٥)، «أسهل المدارك» (٢ / ١٧٤)، «مواهب الجليل» (٤ / ١٣٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ١١٦ ـ ١١٧)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٤٥٩)، «شرح الزرقاني» (٤ / ١٨٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٤٣).

(٤) «الأم» (٥ / ٢٩٥)، «مختصر المزني» (٢١٣)، «الإقناع» (١٥٨ ـ ١٥٩)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٨١)، «روضة الطالبين» (٨ / ٣٣٧، ٣٥٧، ٣٦٠ ـ ٣٦١)، «المجموع» (١٩ / ١٣٤ ـ ط دار إحياء التراث)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٢٠) ـ وقال: «وبه قال مالك» ـ.
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «المبسوط» (٧ / ٤٤، ٤٥)، «الاختيار» (٣ / ١٧٠)، «اللباب» (٣ / ٧٨)، «فتح القدير» (٤ / ٢٩٣)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٢٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥١٠ / رقم ١٠٥٦).

(٥) في هامش الأصل: «صاحبه».

(٦) ورد في المسألة حديثان، لم يصحا، تقدما في التعليق على مسألة (١٤٤١).

مسألة ١٣٥٤

إذا أتت بولدين توأمين فنفاهما ثم مات أحدهما قبل الالتعان كان له أن يلتعن وينفي نسبهما[١]، وقال أبو حنيفة: لا يصح نفي نسب الميت ويلحق به، وإذا لحق به نسب الميت لحق به نسب الحي[٢].

فدليلنا أن به حاجة إلى نفي نسب الميت كحاجته إلى نفي نسب الحي؛ لأن النسب لا يبطل بالموت، يبين ذلك أنه قد يموت الميت عن ولد فيلحق بالزوج وإن لم ينف الميت عنه، وإن كان كذلك ثبت حاجته إلى نفي نسبه؛ فكان له أن يلاعن.

مسألة ١٣٥٥

إذا نُفي الولد باللعان ثم مات الولد فاعترف به بعد موته، فإن كان الميت ترك ولداً أو ولد ولد لحق به، فإن لم يترك ولداً ولا ولد ولد حد ولم يلحق به[٣]، وقال الشافعي: يلحق به ويستحق ميراثه كما لو كان حياً[٤].

فدليلنا أن إقراره يتضمن شيئين:

أحدهما: كذبه، وهو معنى لا يتهم فيه فضرب الحد.

والآخر: استحقاق ميراثه منه مع انتفاء الحاجة إلى الإقرار؛ فلم يقبل للتهمة وانتفاء الحاجة ويفارق ذلك إذا كان هناك ولد للميت؛ لأن به حاجة إلى الإقرار بنسبه.

---

(١) «المدونة» (٣ / ١١١ - ١١٢ - ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٧)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٤٥٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٥٤).

(٢) «المبسوط» (٧ / ٤٧، ٥٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥١٥ / رقم ١٠٦٣)، «البناية» (٤ / ٧٥٣). وانظر: «حلية العلماء» (٧ / ٢٤٠).

(٣) «المدونة» (٣ / ١١٥ - ١١٦ - ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٥٥).

(٤) «مختصر المزني» (٢١٥)، «الحاوي الكبير» (١٤ / ١٧١)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٣٩).

مسألة ١٣٥٦

إذا شهد أربعة بالزنا على امرأة[(١)] لم تُقْبَل شهادة الزوج عليها، ويلاعن ويُحَدُّ الثلاثة[(٢)]، وقال أبو حنيفة: يقبل إذا لم يكن قد تقدم منه قذف لها ويحد المرأة[(٣)].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ . . .﴾ الآية [النور: ٦]، وقوله ﷺ لهلال: «ألك بينة؟ وإلا حد في ظهرك»[(٤)]، ولو كان يجزئه ثلاثة مع شهادته لم يكلفه أربعة، ولأنها بينة في الزنا لم تتم إلا بالزوج، فوجب ألا يحكم بها كما لو قذفها ثم شهد عليها بعد القذف[(٥)].

مسألة ١٣٥٧

إذا قالت امرأة لزوجها أو لأجنبي: يا زانية، بلفظ التأنيث أو قاله أجنبي لأجنبي؛ فلا نعرف فيها نصاً، وقال من أدركناه من شيوخنا: يجب أن يكون قذفاً[(٦)]،

---

(١) كتب الناسخ في هامش الأصل: «كذا، ولعل مراده: إذا كان أحد الشهود الأربعة هو الزوج».

(٢) «المدونة» (٣ / ١١٧ ـ ط دار صادر)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٨٤، ١٢ / ١٨٩ ـ ١٩٠).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٥ / ٢٩٦)، «مختصر المزني» (ص ٢١٤)، «المهذب» (٢ / ٣٣١، ٣٣٤)، «نهاية المحتاج» (٧ / ٤٣٧)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٦٩ / رقم ٢٤٢).

(٣) «المبسوط» (٧ / ٥٤ ـ ٥٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥١٥ / رقم ١٠٦٤)، «البدائع» (٥ / ٢١٤٧)، «الدر المختار» (٤ / ٧)، «رؤوس المسائل» (٤٣٧).

(٤) مضى تخريجه.

(٥) علقه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١١ / ١٧٢) ووصله في «الخلافيات» (٤ / ٢٦٩ ـ مختصره)؛ عن سعيد، عن قتادة، عن جابر بن زيد، عن ابن عباس رضي الله عنهما في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا، أحدهم زوجها، قال: «يلاعن الزوج، ويحد الثلاثة».
قال يحيى بن سعيد: «هٰذا من صحيح حديث سعيد ـ أي: ابن أبي عروبة ـ، ومن عتيق حديثه»، وعليه؛ فما قرره المصنف هو الراجح إن شاء الله تعالى.

(٦) وهٰذا مذهب الشافعية، وفيه قول قديم عندهم: أنه لا يكون قذفاً.
انظر: «فتح العزيز» (٩ / ٣٤٠)، «تحفة المحتاج» (٨ / ٢٠٢ ـ مع «الحواشي»)، «الكوكب الدُّري في تخريج الفروع الفقهية على المسائل النحوية» للأسنوي (ص ٩٠).

خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف[1].

فدليلنا أن اللفظ إذا أفهم معناه لم يضر دخول اللحن والغلط في اللفظ من موجبه، أصله لو لحن فيه فقال: أنت زانياً، وقد ذكر عنهم أنهم يسلمون أن قول الرجل للمرأة يا زان قذف؛ فنقيس عليه قول المرأة للرجل: يا زانية، ولأنَّ أشدَّ ما في ذٰلك أن يكون تعريضاً، وذٰلك يوجب الحد عندنا، ولأن له وجهاً صحيحاً يعبر عنه بهٰذه العبارة وهو أن يريد يا نسمة زانية[2].

مسألة ١٣٥٨

إذا بانت منه زوجته بالطلاق الثلاث أو بالخُلع ثم قال: رأيتها تزني في عدتها؛ فله أن يلاعن كان هناك حمل أو لم يكن[3]، وقال الشافعي: له أن يلاعن إن كان هناك نسب ينفيه، فإن لم يكن نسب؛ فليس له أن يلاعن[4]، وقال أبو حنيفة: ليس له أن يلاعن على كل وجه[5].

فدليلنا على الشافعي أنه قد يأتي من أهل الزنا ولد يخاف أن يحلق به إن لم ينفه، ولأنه قذفها بشرط حصل وحكم الفراش ثابت في الماء والنسب؛ فجاز له تحقيقه باللعان، أصله إذا كان هناك نسب.

---

(١) قال الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥١٦ / رقم ١٠٦٧): «قال أصحابنا: إذا قال للمرأة: يا زانٍ؛ فعليه اللعان، وهو قول الشافعي. وقال أصحابنا: إذا نفى نسب ولد زوجه؛ فعليه اللعان. وقال الشافعي: لا يجب اللعان حتى يقول لها: جاءت به من الزنا».
وانظر: «المبسوط» (٧ / ٣٩).

(٢) اللحن لا يمنع الفهم ولا يدفع العار، والقذف لغة: الرمي مطلقاً، وشرعاً: الرمي بالزنا تعبيراً، وهٰذا حاصل في هٰذه المسألة، والله أعلم.

(٣) «المدونة» (٣ / ١١١ ـ ١١٣ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٤٤).

(٤) «مختصر المزني» (٢١٣)، «حلية العلماء» (٧ / ٢٢٣).

(٥) «المبسوط» (٧ / ٤٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥١٣ / رقم ١٠٦١)، «البناية» (٤ / ٧٥٤).

ودليلنا على أبي حنيفة أنه قذف هو محتاج إليه، فجاز له تحقيقه باللعان كما لو قذفها قبل الطلاق، ولأنه قذفها بزنا في حال لو أتت بولد للحق به فكان له تحقيقُه باللعان، أصله الزوجة.

مسألة ١٣٥٩

إذا ظهر بالمرأة حمل والزوج حاضر؛ فلم ينفه حتى وضعت أو قبل أن تضع وقد سكت عن نفيه بعد علمه به لم يكن له أن يلاعنها ويلحق به إلا أن يكون له عذر في سكوته[١]، وقال أبو حنيفة: له أن ينفيه بعد الوضع بيوم أو يومين[٢].

فدليلنا على أنه لا يلاعن أن العرف يكذبه؛ لأنه ليس لسكوته وجه يحمل عليه إلا الرضا؛ لأنه لو أراد نفيه لم يسكت عنه، فلما سكت عنه وهو قادر على نفيه ولا عذر له في سكوته كان كاعترافه به.

مسألة ١٣٦٠

إذا قال لها: يا زانية. فقالت: بكَ زنيتُ. فذٰلك صريح في القذف، فإن كانت أجنبية حُدَّت للزِّنا وحُدَّت للقذف ولا حدَّ عليه، وإن كانت زوجة؛ فكذٰلك أيضاً ولا لعان على الزوج[٣]. وقال الشافعي: ليس ذٰلك بصريح في القذف، فإن أرادت به القذف كان قذفاً، وللزوج أن يلاعن[٤].

---

(١) «المدونة» (٣ / ١٠٩، ١١٤ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٣١٥)، «حاشية الدسوقي» (٢ / ٤٥٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٥٥).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٢١٦)، «المبسوط» (٧ / ٥٠ ـ ٥١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠٢ / رقم ١٠٤٨)، «البناية» (٤ / ٧٥١) ـ وفيه: «وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يصح نفيه إلى سبعة أيام، وقال أبو يوسف ومحمد: يصح نفيه في مدة النفاس، وعند الشافعي: متى أمكن نفيه بالمرافعة على الحاكم فلم ينفه لزمه نسبه، وهو قول أبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر، وقال مجاهد وشريح: يجوز للزوج نفيه متى شاء. وقال الشعبي ومحمد وابن أبي ذئب وبعض أهل المدينة: لا ينتفي بنفيه، ولٰكن يجب به اللعان» ـ.

(٣) «المدونة» (٤ / ٣٨٨).

(٤) «حلية العلماء» (٨ / ٤٥)، «المهذب» (٢ / ٢٧٦)، «إخلاص الناوي» (٣ / ٣١٩).

فدليلنا أن قولها بك زنيت تصديق منها له بأنها زنت وادعاء عليه أنه زنى كما لو قالت: زنيت وزنيت أنت.

مسألة ١٣٦١

الأمة تصير فراشاً بوطئه وبإقراره بالوطء، فإذا أتت بولد لستة أشهر من يوم وطئها، أو أقر بوطئها، ثبت نسبُه منه إلا أن ينفيه فيدعي الاستبراء[١]، وقال أبو حنيفة: لا تصير فراشاً بحال ولا يلحق به ولدها إلا أن يقر بنسبه[٢].

فدليلنا حديث سعد وعبد بن زَمْعة لما اختصما إلى رسول الله ﷺ في ابن وليدة زمعة فقال سعد: أخي عَهِد إليَّ فيه. وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه. فقضى به رسول الله ﷺ لعبد بن زمعة وقال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[٣]، ولأن الوطء بالملك سبب يثبت به تحريم المصاهرة؛ فجاز أن تصير به المرأة فراشاً كعقد النكاح، ولأنه وطء لا يجب به الحد على الواطىء بحال

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٤٢).
وهذا مذهب الشافعية.
انظر: «المهذب» (٢ / ١٥٥، ١٥٦)، «الحاوي الكبير» (١١ / ٣٣٥ ـ ط دار الكتب العلمية)، «روضة الطالبين» (٨ / ٤٣٣، ٤٤٠)، «مغني المحتاج» (٣ / ٤١٣)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٢٧٠ / رقم ٢٤٣).
وهو مذهب الحنابلة.
انظر: «منتهى الإرادات» (٣ / ٢٠٩)، «كشاف القناع» (٥ / ٤٠٩).

(٢) «اللباب» (٣ / ١٢٢)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٤٠٧)، «الاختيار» (٣ / ١٨١)، «فتح القدير» (٤ / ٣٦٣ ـ ٣٦٤)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٤٠ ـ ٤١)، «حاشية ابن عابدين» (٣ / ٦٩٠).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب المحاربين، باب للعاهر الحجر، رقم ٦٤٣١)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الرضاعة، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم ١٤٥٨)؛ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
وأخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب البيوع، باب تفسير الشبهات، رقم ١٩٤٨)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الرضاعة، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم ١٤٥٧)؛ من حديث عائشة، وفيه سبب الورود المذكور.

صادف من ليست بفراش؛ فجاز أن يثبت به الفراش كالوطء في النكاح الفاسد[١].

مسألة ١٣٦٢

إذا عقد على امرأته فأتت بولد لا يمكن أن يكون منه لم يلحق به[٢]، وقال أبو حنيفة: إمكان الوطء غير معتبر في لحوق النسب والمعتبر حصول العقد وكون الزوج ممن يمكنه الوطء[٣].

فدليلنا أنها أتت بولد لا يمكن أن يكون منه فوجب أن لا يحلق به؛ كالصغير[٤].

* * * * *

---

(١) ما قرره المصنف هو الراجح.
أخرج مالك في «الموطأ» (٢ / ٧٤٢، ٧٤٣)، والشافعي في «المسند» (٢ / ٣٠)، والبيهقي في «المعرفة» (١١ / ١٧٦)؛ عن عمر أنه قال: «ما بال رجال يطؤون ولائدهم، ثم يعزلونهن؟! لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألمَّ بها إلا ألحقت به ولدها؛ فاعزلوا بعد أو اتركوا».
وانظر: «السنن الكبرى» (٧ / ٤١٣) للبيهقي، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٢٣٧)، «إعلام الموقعين» (١ / ٢٤٠ و٢ / ٣١٦ ـ ط محمد محيي الدين)، والتعليق على المسألة الآتية.

(٢) «شرح الزرقاني على خليل» (١ / ٩٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٢٥٣).

(٣) «مختصر الطحاوي» (٢١٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٢ / ٥٠٢ / رقم ١٠٤٨)، «المبسوط» (٧ / ٥٠، ٥١).

(٤) ما قرره المصنف هو الراجح، والعجب ممن رد السنة المحكمة الثابتة في جعل الأمة فراشاً، وإلحاق الولد بالسيد وإن لم يدّعه، وقالوا: هو خلاف الأصول، والأمة لا تكون فراشاً. ثم قالوا: لو تزوّجها وهو بأقصى بقعة من المشرق وهي بأقصى بقعة من المغرب وأتَتْ بولد لستة أشهر لحقه، وإن علمنا بأنهما لم يتلاقيا قط، وهي فراش بالعقد، فأمته التي يطؤها ليلاً ونهاراً ليست بفراش، وهٰذه فراش، وهٰذا مقتضى الأصول، وحكم رسول الله ﷺ خلاف الأصول على لازم قولهم!! قاله ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٢ / ٣١٦).

المحتويات والموضوعات

الجزء الثاني عشر

الجزء الرابع عشر

الجزء التاسع عشر